جامعة الأزهر الشريف
كلية الدراسات العربية والإسلامية بالقاهرة
قسم الدراسات العليا

القواعد الفقهية الكبرى
وأثرها في المعاملات المالية

رسالة مقدمة لَنْيل درجة الدكتوراه (العالمية)
في كلية الدراسات العربية والإسلامية بالقاهرة
بجامعة الأزهر الشريف

إعداد الباحث
عمر عبدا كامل

إشراف الأستاذ الدكتور
عبدالجليل القرنشاوي

المشرف المشارك
الأستاذ الدكتور : علي جمعة

مقدمة :

الحمد   والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول ا   وعلى آله وصحبه ومن والاه .

وبعد :

فحينما قررت أن أكتب بحثاً في مجال الدراسات الإسلامية وجدت نفسي مدفوعاً نحو الكتابة في موضوعات الفقه الإسلامي لأنه علم الفهم للتشريع الإسلامي الحنيف .

ونظراً لأنني أعمل في حقل الاقتصاد فقد حرصت على أن يكون الموضوع الذي أختاره ذا ارتباط وثيق بمجال عملي الميداني ، ورأيت أن البحث في القواعد الفقهية من أهم الأمور في مجال الفقه الإسلامي وذلك لأن القواعد الفقهية هي العماد الأساسي للفقيه ، فهو يعتمد عليها في تجميع النقاط الرئيسية في الموضوع الذي يبحث فيه ، بالإضافة إلى أنها تغطي جميع أبواب الفقه سواء في العبادات أو المعاملات .

وعلى الرغم من كثرة الكتب المؤلفة في القواعد الفقهية سواء من الكتب القديمة أو الحديثة ، فإن المجال لايزال متسعاً للمزيد من الدراسات في مجال هذه القواعد لاسيما في مجال الدراسات التطبيقية مع ظهور الكثير من المعاملات المالية المستجدة .

فلقد وجدت في تجميع هذه القواعد الفقهية الكبرى منها والمتفرعة عنها فائدة جمة للاقتصادي المعاصر ، وذلك لكونه من جهة غير قادر على الإحاطة بجزئيات الفقه ، ومن جهة أخرى فإن هذه القواعد بجملتها تعينه على قياس المستجدات على سابقتها مستنيراً بتلك القواعد .

وكما هو معلوم فإن علم الاقتصاد الإسلامي يستقي مصادره من علوم مختلفة كعلم الفقه وعلم الاجتماع بالإضافة إلى علم الاقتصاد .

إن علم الاقتصاد الإسلامي يختلف عن الاقتصاد الغربي بأنه محكوم بفقه المعاملات ومصادرها ، فلا يمكن أن نتصور اقتصاداً إسلامياً بعيداً عن أهم مصادره وضوابطه .

فالاقتصاد الإسلامي علم حديث ملحق بالعلوم الدينية ، فكما أنه ينظر إلى الواقع ويستنبط منه فإنه يسير محكوماً بالحلال والحرام ومسألة الجزاء الأخروي .

من هنا كانت انطلاقتي في هذا البحث حرصاً مني على الجمع بين المعاملات الفقهية من جهة والمعاملات الاقتصادية ولاسيما المعاصرة منها ضمن إطار القواعد الفقهية محاولاً إيجاد القواعد التي تنطبق على أنواع المعاملات المالية وجزئياتها .

ولم يكن قصدي من هذا البحث : دراسة القواعد الفقهية بحد ذاتها ، فقد سبقني إلى ذلك العديد من الفقهاء القدامى والمعاصرين (وقد ذكرت ذلك في طيات البحث) بل جعلت عملي منصباً في تطبيقات هذه القواعد على المعاملات المالية الشائعة قديماً وحديثاً .
وقد قسمت البحث إلى ستة أبواب رئيسة : فخصصت البابين الأول والثاني للقواعد الفقهية عامة .

ففي الباب الأول : عرفت بالقواعد الفقهية وأهميتها ومجالاتها ومصادر استمدادها وحجيتها وأرخت فيه لنشأتها وتدوينها مبيناً مناهج المؤلفين الذين كتبوا فيها .

أما الباب الثاني : فقد عرضت فيه القواعد الفقهية الكبرى مبيناً معنى القاعدة ومصدرها وأهميتها ومايتفرع عنها مع أمثلة لكل فرع منها .

ثم انتقلت في الباب الثالث : إلى التعرض لأهم المعاملات المالية الشائعة ، وقد نظرت للأمر حسب أهميته ، فوضعت باب المال في البداية للتعرف على المفهوم الفقهي للمال وتقسيمه إلى متقوم وغير متقوم ، والى عقار ومنقول ، ومثلي وقيمي ، وذلك للمقارنة مع تقسيمات المال في النظريات الاقتصادية الحديثة بين رأس مال ثابت وعامل .
ثم عرضت للعقود وأركانها وشروطها وخياراتها ثم تحولها والجمع بينها .

وبعد ذلك تطرقت إلى المعاملات الشائعة من بيع وشفعة وحجر وضمان ، محاولاً في نهاية كل موضوع منها تطبيق ما أمكن من القواعد الفقهية على تفاصيل كل معاملة منها .

ولكنني عمدت إلى وضع (الكسب الخبيث) في نهاية المعاملات المالية الشائعة (مع أن العادة جرت على عدم ذكره ضمن فقه المعاملات) وذلك لأن البلوى قد عمت في التعامل به ، فكان لزاماً علي إيراده في هذا القسم من البحث لتعريف الاقتصادي الإسلامي المعاصر به ليقيس عليه أشباهه ونظائره .

أما في البابين الرابع والخامس : فقد ميزت فيهما بين البنوك التجارية والبنوك الإسلامية .

وخصصت الباب الرابع للبنوك التجارية : من حيث أعمالها وودائعها المصرفية وحساباتها الجارية والآجلة وخطاب الضمان وبطاقات الائتمان ثم الشيكات والأوراق التجارية . ثم ضممت إلى البنوك التجارية بحثاً في الشركات التجارية وأقسامها ، وتعرضت للشركات المستحدثة من شركات أشخاص وشركات أموال.

وحاولت في نهاية هذا الفصل تطبيق ما أمكن من القواعد الفقهية على هذه الشركات .

أما الباب الخامس فقد خصصته للبنوك الإسلامية : فعرفت بها أولاً ولأسلوب التعامل فيها ومصادرها ومجالات الاستثمار فيها وأساليب التمويل من مضاربة ومرابحة ومشاركة وسلم واستصناع وإيجار منته بالتمليك وعرضت في نهايته لأساليب التمويل المطورة في هذه البنوك من صناديق استثمارية ومساهمة متناقصة وسندات مقارضة .

وفي الباب السادس : عرفت بالأسواق المالية مفصلاً القول في الأدوات المستخدمة في تلك الأسواق من أسهم وسندات وخيارات ومستقبليات وعمليات مقايضة ثم ميزت بين هذه الأسواق المالية الشائعة وبين أسواق المال الإسلامية وأدواتها المتداولة في السوق من أسهم ومحافظ بنوك وسندات دين .

وبعد استعراض القواعد الفقهية الكبرى وغير الكبرى وما يتفرع عن كل منها من قواعد وبالرجوع إلى الأبواب التطبيقية على القواعد الفقهية لهذا البحث وهي الأبواب:(الثالث والرابع والخامس والسادس) وجدت أن القواعد الفقهية التي أمكن تطبيقها ضمن هذه الأبواب هي التالية : (مع الإشارة إلى إمكانية تطبيق غيرها)

١- الأصل في العقود الصحة
٢- الأصل في الأشياء الإباحة .
٣- الأصل في الأموال الربوية التحريم
٤- الأصل براءة الذمة .
٥- الأصل بقاء ماكان على ماكان
٦- الأصل في الصفات العارضة العدم .
٧- الأمور بمقاصدها
٨- الأمر إذا ضاق اتسع
٩- الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل
١٠- احتمال الربا كحقيقته .
١١- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام
١٢- إذا حرم الشيء حرم ثمنه .
١٣- ما حرم أخذه حرم إعطاؤه .
١٤- ما حرم فعله حرم طلبه .
١٥- إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم أرجحهما .
١٦- دفع المفاسد مقدم على تحصيل المصالح .
١٧- إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل .
١٨- إذا سقط التابع سقط المتبوع .

١٩- التابع لايتقدم على المتبوع .
٢٠- يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً .
٢١- يغتفر في التابع مالا يغتفر في المتبوع .
٢٢- الفرع يتبع أصله .
٢٣- قد يثبت الفرع دون الأصل .
٢٤- إذا سقط الأصل سقط الفرع .
٢٥- إسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال .
٢٦- إذا زال المانع عاد الممنوع .
٢٧- إذا زال المانع مع وجود المقتضي عاد الحكم .
٢٨- إذا تعارض المقتضي والمانع قدم المانع .
٢٩- اليقين لا يزول بالشك .
٣٠- ماقارب الشيء أعطي حكمه .
٣١- ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله .
٣٢- ضم المعلوم إلى المجهول يصير الكل مجهولاً .
٣٣- لا عبرة بالتوهم .
٣٤- ماثبت باليقين لا يرفع إلا باليقين .
٣٥- ضم الفاسد إلى غيره يقتضي فساد الكل .
٣٦- المبني على الفاسد فاسد .
٣٧- الجهل بالأحكام في دار الإسلام ليس عذراً .
٣٨- جهالة الثمن موجبة لبطلان البيع .
٣٩- إقرار المقر يلزمه دون غيره .
٤٠- الغنم بالغرم - (الخراج بالضمان) .
٤١- النعمة بقدر النقمة .
٤٢- المجهول في الشريعة كالمعدوم .
٤٣- للأكثر حكم الكل .
٤٤- الكتاب كالخطاب .
٤٥- السؤال معاد في الجواب .
٤٦- لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح .
٤٧- الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر .
٤٨- الأوصاف لا تقابل بالثمن .
٤٩- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .
٥٠- البقاء أسهل من الابتداء .
٥١- المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط .
٥٢- يلزم مراعاة الشروط قدر الإمكان .
٥٣- العادة محكمة .
٥٤- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

٥٥- استعمال الناس حجة يجب العمل بها .
٥٦- العرف الجاري في المعاملات كالمشروط في ا لعقد .
٥٧- المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص .
٥٨- المعروف يوسع فيه ما لا يوسع في غيره .
٥٩- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان .
٦٠- لا مساغ للاجتهاد في مورد النص .
٦١- إذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم الحاكم .
٦٢- القياس لا يصار إليه مع وجود النص .
٦٣- الضرر يزال .
٦٤- لا ضرر ولا ضرار .
٦٥- الضرر لايزال بالضرر .
٦٦- الضرورات تبيح المحظورات .
٦٧-الضرورة تقدر بقدرها - (ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها) .
٦٨- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .
٦٩- الاضطرار لايبطل حق الغير .
٧٠- دفع الضرر بإضرار آخر متناقض .
٧١- الرخص لا تناط بالمعاصي .
٧٢- الحاجة تنزل منزلة الضرورة .
٧٣- المشقة تجلب التيسير .

وبالإضافة إلى هذه القواعد وجدت مجموعة من القواعد أو الـضوابط المختـصة بباب فقهي معين منها على سبيل المثال :

أ – ضوابط بحث خيارات العقود :

١ - خيار العيب والرؤية لا يثبت لغير العاقدين .
٢- خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع .
٣- خيار الشرط يثبت باشتراط العاقدين .
٤- حيث كان العيب يثبت الرد .
٥- خيار الرؤية يمنع تمام الملك وخيار العيب يمنع لزوم الملك بعد التمام .
٦- العلم بالعيب عند البيع أو القبض مسقط للرد .

ب – ضوابط بحث الشفعة :

١ - حق الشفعة متى دار بين أن يثبت وبين ألا يثبت لا يثبت .
٢- حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به .
٣- الشفعة تجب في الإنشاء لا في الاستمرار والبقاء على ماكان .

ج – ضوابط بحث الضمان :

١- إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر .
٢- إذا انقطع المثل في المثلي تعتبر القيمة وقت القضاء .
٣- العجماء جرحها جبار .
٤- ما كان أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً بتغير الحال .
٥- المباشر ضامن وإن لم يتعد .
٦- المتسبب لا يكون ضامناً مالم يكن متعمداً .
٧- الأجر والضمان لايجتمعان .

وبالمقارنة بين تلك القواعد وجدت أنه يمكن إرجاع الكثير منها وضمها تحت القواعد الكلية الخمس الكبرى : (الأمور بمقاصدها - اليقين لايزول بالشك - الضرر يزال - العادة محكمة - المشقة تجلب التيسير)

كما أنه يمكن ضم بقية القواعد الواردة في التطبيقات تحت القواعد الكلية غير الكبرى التي ذكرتها في الباب الثاني من هذا البحث وذلك بعد القواعد الفقهية الكلية الكبرى ، وعلى سبيل المثال :

فالقواعد الفقهية : (لاضرر ولا ضرار - الضرر لايزال بالضرر - الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف - والضرورة تقدر بقدرها - دفع الضرر بإضرار آخر متناقض - الضرورات تبيح المحظورات - الاضطرار لا يبطل حق الغير - الحاجة تنزل منزلة الضرورة . . .)

ماهي إلا فروع للقاعدة الكلية الكبرى (الضرر يزال) إذ يمكن إدراج تلك القواعد ضمنها.

وكذلك القواعد الفقهية : (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً - استعمال الناس حجة يجب العمل بها - العرف الجاري في المعاملات كالمشروط في العقد - المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص - المعروف يوسع فيه ما لايوسع في غيره - لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان . . .) .

نجد أنها تندرج تحت القاعدة الفقهية الكلية الكبرى (العادة محكمة) .

وكذلك القواعد الفقهية : (ماثبت باليقين لايرفع إلا باليقين - لا عبرة بالتوهم - ما قارب الشيء أعطي حكمه - ضم المعلوم إلى المجهول يصير الكل مجهولاً - ضم الفاسد إلى غيره يقتضي فساد الكل - المبني على الفاسد فاسد . . .) .

هي أيضاً تعود إلى أصل واحد هو القاعدة الكبرى : (اليقين لا يزول بالشك) .

وكذلك الأمر بالنسبة للقواعد الفقهية : (الكتاب كالخطاب - السؤال معاد في الجواب - لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني . . .) .

فهي يمكن أن تضم تحت القاعدة الفقهية الكبرى : (الأمور بمقاصدها) .

أما القواعد الفقهية مثل : (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام - احتمال الربا كحقيقته - إذا حرم الشيء حرم ثمنه - ما حرم أخذه حرم إعطاؤه - ما حرم فعله حرم طلبه . . .) .

فيمكن دمجها تحت مسمى (قواعد تغليب الحرام) .

وكذلك الأمر بالنسبة لقواعد الأصل والفرع ، وقواعد التابع والمتبوع . . . فكل هذه القواعد سيتم العرض لها وتعريفها مع ذكر أمثلة تطبيقية لها في الباب الثاني ، ثم وجدنا هذه القواعد تتوالى في الأبواب التطبيقية متلاحقة كل قاعدة على حسب المعاملة المالية وانطباقها عليها .

وهكذا يمكننا في النهاية أن نعيد تلك القواعد الفرعية إلى أصولها الكلية التي انبثقت عنها ، ولعل هذا ماكانت تسعى إليه الرسالة أو هذا البحث منذ البداية .

وأسأل المولى عز وجل أن أكون قد وفقت في ذلك إنه ولي التوفيق .

تمهيد :

من المعلوم أن الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع وأيسرها وأوسعها وأشملها وأكثرها مرونة فبيسرها دخل الناس في دين ا أفواجاً ، وبمرونتها صلحت لكل عصر ومكان واتسعت لكل جديد نافع يكتشف على مر العصور .

وذلك كله يقتضي ألا تكون جميع دلالاتها قطعية المراد لايتطرق إليها الاحتمال والتأويل فكثير من النصوص تحتاج إلى إظهار وتفسير ولولا ذلك لضاقت الشريعة لأن النصوص متناهية والحادثات الزمنية متعددة والوقعات مختلفة باختلاف أعراف الأعصار والأمصار ، فا أراد بنا اليسر لرحمته ورأفته بهذه الأمة فأنزل كتابه وأنطق نبيه ﷺ بمختلف الدلالات مابين عام ومشترك ومشكل ومجمل ومطلق وخفي ومجاز وحقيقة وكناية ، ومن غير تلك المباني التي تقبل لغوياً التأويل والإظهار والاحتمال والتقييد تكون المعاني تبعاً لذلك مختلفة إذ ينجح كل مجتهد إلى مايؤدي إليه فهمه وعلمه لاختلاف الأفهام وتفاوت الدلالات وكل ذلك صحيح مادام الاستنباط جار على قواعد اللغة العربية التي حوت الشريعة .

وقد قال العلامة الزركشي : (اعلم أن ا تعالى لم ينصب على الأحكام الشرعية أدلة قاطعة بل جعلها ظنية قصداً للتوسيع على المكلفين لئلا ينحصروا في مذهب واحد يقام الدليل القاطع عليه) .

فلا ريب أن الشريعة غير مقصورة على المباني وحدها بل لها مناط وعلل وحكم وأسرار ومغاز ومرام يتكون من مجموعها أصول وقواعد وضوابط عامة وقواعد خاصة ، يرد إليها الكثير من الأحكام الفرعية ، وعلى سبيل المثال : القياس والاستحسان والاستصلاح والعرف وعموم البلوى ، وعليها تقوم السياسة الشرعية .

وإن من اليسر الذي يسره ا على عباده غزارة السنة النبوية القولية والآثار الفعلية بسند الآحاد الذي هو ظني الثبوت ، فيما عدا المتواتر وأحاديث الآحاد التي أجمع عليها المسلمون إجماعاً حقيقياً لا اختلاف فيه .

فالأئمة الأجلاء في فهمهم للأحاديث يعودون إلى كليات الشريعة مقترنة بالحديث عند الاستنباط فيرجحون الأحاديث التي تتحد في نظر المجتهد مع الكلية الشرعية فيرجحونها لقطعيتها وهي من أساليب الترجيح في حالة التساوي في قوة السند .

ومنها ترجيح مايؤدي إلى اليسر على مايفضي إلى الحرج والعسر لأن الله يريد بنا اليسر ، وترجيح ماهو أنفع وأجلب للمصالح وفيه درء للمفاسد ، فالله أنزل الشرائع لسعادة البشرية في الدارين .

فنشأ من اختلاف الأحاديث وأخذ بعض الأئمة ببعضها وترجيحه لها أن حصلت المرونة لأهل الأقطار والأمصار والأزمنة فينتقون من هذه المذاهب الملائم حسب مقتضيات عصرهم وقطرهم غيورين على أحكام الشريعة ، قاصدين التيسير على المسلمين .

وفي زمننا هذا فإن الأمر يكون أكثر لزوماً في التيسير مع عدم التفريط حتى لاينصرف الناس عن الشريعة الإسلامية إلى القوانين الوضعية .

وماكان انفلات بعض الأنظمة في الدول الإسلامية عن الشريعة إلا من التقاعس في هذا المجال ونشأة الدعوة بأن الشريعة ليست مستوعبة لأحداث الزمان وتغيراته ورموا العلماء بالجمود والتعصب ، وهو في الواقع غير ذلك إلا أنه ينبغي أن تتضافر الجهود لاستدراك مافات لسد الثغرات بالاجتهادات الجماعية لرأب الصدع وتقديم البديل المناسب المبني على الأساس الشرعي المستوعب لتغيرات الزمان والمكان .

ولقد كانت كلمة قالها الأقدمون تختصر كل ماقلته وهي (لايستغرب تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان) وإن من عظمة أسلافنا الفقهاء أننا نجد في المذهب الواحد مخالفة المتأخرين للمتقدمين في نفس المذهب (بل إن الإمام الشافعي نفسه غير الكثير من آرائه الفقهية بعد انتقاله إلى مصر ، فصار في مذهبه المشهور قولان : قول قديم وقول جديد) فالنصوص لم تتغير ولكن الزمان والظروف قد تغيرت ، فلسعة علمهم أنزلوا الحوادث على عللها وقاسوا واستحسنوا واستصحبوا فخرجوا بما يناسب عصرهم . وهذه اليوم مهمة كل فقيه وطالب علم ومهمة المجامع الفقهية .

وفي عصرنا تظهر أهمية القياس لمواجهة المستجدات وكذلك الحال بالنسبة لمقاصد الشريعة ولقواعد الوسائل .

فللقياس أركانه : الأصل الذي يقاس عليه ، والفرع المقاس ، والعلة الجامعة بينهما ، وحكم الأصل .

فالعلة هي التي طوت الفرع تحت الأصل للتشابه في العلة .

ومن المعلوم أن الحكم ثابت بالعلة المستنبطة من النص وهو مذهب المالكية والشافعية وبعض الحنفية ، وأظن أنه الحق لأنه لو كان الحكم يثبت في محل النص دون العلة لامتنـع جريـان القياس إلى الفرع حتى يمتد الحكم ليشمل الفرع بتلك العلة .

ويرى جمهور الفقهاء أنه لايشترط أن يكون هناك اتفاق على أن الحكم معلل أو أن علته تثبت في النص فقد تثبت بالطرق الاجتهادية الظنية ويجوز القياس عليها .

فقد ثبت عن الصحابة رضي ا عنهم أنهم يقيسون الفرع على الأصل بواسطة علـة مردهـا اجتهادهم مثل مسألة (أنت علي حرام) التي قاسها بعضهم على الطلاق وقاسها بعضهم علـى اليمين ، وفي فعلهم قدوة لنا ، فقد ينكشف لأحد الفقهاء أمر خفي على غير مايحتمله الـنص ويستنبط علة حقيقية من وجهة نظره ويكون فيها يسر على المسلمين وترخيص لهم . وقـد قيل الفقه هو الرخصة من ثقة .

فالفرع دائماً مفتقر إلى غيره لأن النص لم يشمله ، فالعلة تربطه بأصله كالإسـكار فـي كـل مسكر من غير النبيذ .
ولو لم يكن هذا لفوجئنا في عصرنا بمسكرات لا أول ولا آخر لها مصنوعة من غير العنب .
إلا أنه ينبغي انطباق العلة من غير تفاوت ، فلا تشمل جزءاً من الفرع وتترك الآخر ، وأوضح مثال على ذلك الإسكار .

والعلة التي هي الوصف المعرض للحكم المنضبط انضباطاً مشتملاً على معنى مناسب للحكم .

<u>وتنقسم العلل إلى عدة تقسيمات :</u>
الأول : العلة الشرعية والعلة العقلية .

والثاني : العلة المنصوص عليها والعلة المستنبطة .

والثالث : العلة المتعدية كالإسكار والعلة القاصرة كالسفر .

والرابع : علة ذات وصف لازم (كون البر مطعوماً في ربا الفضل) .
وعلة ذات وصف غير لازم ويشتمل على ماثبت بمقتضى الخلقة والطبيعة (كالبكارة في جواز الإجبار على الزواج) وعلى ذات وصف طارىء (كانقلاب العصير خمراً).

والخامس : علة يتوقف معلولها على شروط (كالزنا علة للرجم لكنه متوقف على الإحصان). وعلة غير متوقفة على شرط (كالزنا علة للجلد) .

والسادس : علة دافعة مثل : الرضاع فإنه يدفع حل النكاح .
وعلة رافعة للحكم غير دافعة له مثل : الطلاق فإنه يرفع حل الاستمتاع لكنه لايدفعه نظراً لجواز النكاح بعده .
وعلة دافعة للحكم غير رافعة له مثل : العدة فإنها تدفع النكاح اللاحق لكنها لاترفع النكاح السابق فهو موجود .

والسابع : علة ثبوتية والحكم الثبوتي كإثبات الطعم علة لثبوت تحريم الربا في البر
وعلة عدمية والحكم العدمي مثل : عدم الرضا علة لعدم صحة البيع .
وعلة عدمية والحكم الثبوتي كقولنا : عدم الفسخ في زمن الخيار علة الثبوت واستقرار الملك.
وعلة ثبوتية والحكم العدمي كقولنا : ثبوت الدين علة لعدم وجوب الزكاة

والثامن : علة من فعل المكلف كقولنا : شرب الخمر علة لوجوب الحد ، فالشرب فعل مكلف.
وعلة ليست من فعل المكلف كقولنا : البكارة علة في ثبوت ولاية الإجبار في النكاح.

والتاسع : علة ذات وصف واحد : كقولنا : الإسكار علة لتحريم الخمر .
وعلة ذات أوصاف متعددة : كالقتل العمد علة لوجوب القصاص ففيه قتل وفيه عمد.

<u>وللعلة مسالك :</u>

أولها : النص الصريح : وتعريفه باختصار : أي صيغة موضوعة للتعليل ولا تحتمل غيره تكون من قبيل النص الصريح .

الثاني : النص الظاهر المثبت للعلة : مالا يكون قاطعاً في تأثيره ، فيحتمـل التعليـل وغيره ولكن التعليل أرجح .

الثالث : الإجماع المثبت للعلة : اتفاق مجتهدي العصر على أن هذا الوصف المعـين علة للحكم المعين .

الرابع : الاجتهاد بمسالك العلة الاجتهادية كالإيماء إلى العلة أو بالمناسبة والإخالة أو السبر والتقسيم أو تنقيح المناط أو الوصف الشبهي .

<u>ولكل منها شروط وأوصاف .</u>

وهنا تظهر أهمية تنقيح المناط : وهو أن ينص الشارع على الحكم ويضيفه إلى وصف ويكون معه أوصاف لامدخل لها في الإضافة فيقدم المجتهد مالا يصلح علة ليتسع الحكم وهنـا يبـرز تفاضل الفقهاء وسعة علمهم باستنباط الوصف الذي يصلح لأن يكون علة .

والفرق بين تنقيح المناط والسبر والتقسيم : أن تنقيح المناط خاص بالأوصاف التي دل عليها ظاهر النص وهي محصورة بواسطة هذا الظاهر .

أما السبر والتقسيم فإنه خاص بالأوصاف المستنبطة الصالحة للعلية ، ثم إلغاؤها إلا ما ادعي أنه علة .

وأهم الشروط في استنباط العلل : ألا يعود الوصف المستنبط المعلل به على الأصل بالإبطـال، لأن بإبطال الأصل إبطال للفرع .

مقاصد الشريعة

أما مقاصد الشريعة فقد اصطلح العلماء على تقسيم المقاصد إلى ثلاثة مراتب : الـضروريات ثم الحاجيات ، ثم التحسينيات . [1]

فالضروريات والتي لابد منها لقيام مصالح الدين والدنيا ، ومتى فقدت لايستقيم النظام ويحدث الفساد والتلاشي ، فالضرورة أخص من عموم المصلحة ، فهي أشد المراتب إذ بفقدانها يصبح الإنسان في خطر يحدق بدينه أو نفسه أو ماله أو عرضه .

ولقد اصطلح العلماء على الضرورات الخمس وهي حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل، وفي موضوعنا في باب المعاملات يندرج تحت الضروريات البيع .

أما الحاجيات فهي تجري فيما جرت فيه الضروريات في أبواب العبادات والمعاملات وبتفويتها يلحق المكلف من جراء ذاك مشقة وحرج شديد .

وقد شرع الإسلام في مختلف أبواب العبادات والمعاملات جملة أحكام المقـصود منهـا رفـع الحرج والتيسير على الناس .

وقد أشار الشاطبي رحمه ا إلى ذلك بقوله : وفي حفظ المال وهو كل مـايقع عليـه المالـك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه مثل الإجاره والسلم والمـساقاة والمـضاربة وأشباه ذلك مالا يؤدي فقده إلى فقد المال من الوجود بالكليه الذي بفقده تفقد النفس ولكن لـو لم تشرع هذه الأمور لأدى ذلك إلى مشقة وعسر في حياة الناس .

أما المرتبة الثالثة فهي التحسينيات فهي أقل أهمية من الضروريات والحاجيات وهي جارية في العبادات والمعاملات مثل أبواب البيوع كبيع النجاسات وبيع فضل الماء والكلأ .

إن مقاصد الشرع بعضها آكـد من البعض الآخر إلا أن المقاصد يتمم بعضها البعض وعليـه فإنه لايراعى حكم تحسيني قبل الحاجي ولا حاجي قبل الضروري .

ولتوضيح ذلك : البيع ضروري والغرر والثمن والجهالة تكميلية بالنسبة للبيـع فلـو اشـترط انتفاء الغرر انتفاء تاماً لتعذر البيع تماماً ، ولأدى اشتراط هذا الأمر التكميلي إلى إبطال الأصل الضروري وهو البيع ، ولذلك اغتفر الشرع الغرر اليسير والجهل اليسير الذي لايمكـن دفعـه حفاظاً على أصلهما وهو البيع .

---

[1] الموافقات ٢/١٠ - ١١

كذلك الحال بالنسبة للإجارة فاشتراط وجود العوضين في أبواب المعـاملات مـن التكميليـات والتتميمات ، فرخص في السلم بتأجيل أحد العوضين وكذلك الإجارة لأن استيفاء منفعة المؤجر تحتاج إلى زمن وهو عوض يأتي بمرور الأيام ، وحين تعذر وجود العوضين صحت الإجـارة مع أن استيفاء المنفعة من العين المؤجرة يتحقق يوماً بعد يوم .

وفي عصرنا هذا تزداد الحاجة إلى ملاحظة هذه الأمور والتفريق بين الأصل وفروعـه حتـى لايؤدي تعقد الحياة إلى تعطل المعاملات وبالتالي تلحق ضرورة شاملة وعامة بالمـسلمين أو تعرض أموالهم للهلاك في تعاملاتهم مع الكافرين .

أحكام الوسائل

قال الإمام الشافعي رضي ا عنه ، الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معاني الحلال والحرام " . [٢]

فإن كان المقصود واجباً فوسيلته واجبة وان كان محرماً فوسيلته محرمة وان كـان منـدوباً فوسيلته مندوبةً ، وان كان مكروهاً فوسيلته مكروهة ، وإن كان مباحاً فوسيلته مباحة إلا أنه قد لاتكون وسائل المطلوب كلها مطلوبة وذلك عند تعددها ، لأن المقصود يتحقق بإحداها .

وأيضاً قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة ، فالتوصل إلى فداء الأسرى بدفع المال للكفار ، وقد تعطي الوسيلة حكما يخالف حكم مقصدها إذا خالطتها مـشقة شديدة ، وتعلقت بها ضرورة كبيع المعدوم فإنه ممنوع شرعاً لقولهﷺ : "لاتبع ماليس عنـدك" لأنه يؤدي إلى ضياع المال والمنازعة ، ولكن الشرع أباح بيـع الـسلم وأبـاح الاستـصناع وكلاهما ينطبق عليه بيع المعدوم وذلك دفعاً للمشقة المتوقعة عند المنع .

وقد قال الإمام العز بن عبدالسلام [٣] : " " اعلم أن ا شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة .. ثم استثنى منها مافيه مشقة شديدة أو مفسدة تربى على تلك المصالح.

وقد قال الإمام الشاطبي رحمه ا [٤] : " مشروعية الأسباب لاتستلزم مشروعية المـسببات" وفسر هذا بقوله ومعنى ذلك أن الأسباب إذا تعلق بها حكم شرعي من إباحة أو ندب أو منع أو غيرها من أحكام التكليف فلا يلزم أن تتعلق تلك الأحكام بمسبباتها ، فإذا كانت الوسـائل مـن حيث الجملة من باب المقاصد فيكون أنها قد تتفق في حكم المقصد وقد تخالفه ، فـإذا أسـقط الشارع وجوب المقصد سقط بذلك وجوبه ، ذلك أن الوسيلة فرع عن المقصد وتبع له ، فـإذا سقط الأصل سقط الفرع .

وقد قال الإمام الشاطبي رحمه ا [٥] : "وقد تقرر أن الوسائل من حيث هـي وسـائل غيـر مقصودة لأنفسها وإنما هي تبع للمقاصد بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل ، وبحيـث لو توصل إلى المقاصد دونها لم يتوسل بها .

---

[٢] الأم - الشافعي - ٤٩/٤

[٣] قواعد الأحكام - العز بن عبدالسلام - ١٣٨/٢

[٤] ا لموافقات ١٨٩/١

[٥] ا لموافقات ٢١٢/٢

كذلك الأمر إذا حصل المقصود سقطت الوسيلة ووجه ذلك أن الوسيلة ليست مقصودة لذاتها ، فإذا تيسر المقصود بدون وسيلة معينة سقط اعتبارها .

واعتماداً على هذا قال الإمام مالك رحمه ا : إن العقود تصح بكل مادل على مقصودها من قول أو فعل ولايشترط نص معين في الإيجاب والقبول وذلك لأن المقصود هو الدلالة على التراضي وهي حاصلة بالمعاطاة ونحوها . (٦)

والأصل التوافق بين الوسائل والمقاصد ، أما التعارض فطارىء ، فإذا تعارضت وسيلة مع مقصدها بحيث يؤدي ذلك إلى اختلال المقصد فتقدم المقاصد لأن الوسائل إنما وضعت لخدمة المقاصد وهي فرع والفرع إذا عاد على الأصل بالإبطال بطل .

وكذلك الوسائل أوسع من باب المقاصد وقد يشترط في الأفعال التي هي المقاصد مالا يشترط في الوسائل ، فيغتفر في الوسائل مالا يغتفر في المقاصد ، فالشارع الحكيم مراعاة للطوارىء التي تعرض للناس ، والتي هي متلبسة بحياة الناس قد يرخص في استعمال بعض الوسائل رحمة بالناس وتوسعة على العباد ومرد ذلك إلى قوله تعالى : (وقد فصل لكم ماحرم عليكم إلا مااضطررتم إليه) .

لذا برزت قاعدة الضرورات تبيح المحظورات ، وقد قال المصطفىﷺ : " ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس ، فينمي خيراً أو يقول خيرا" .

فالفعل المنهي عنه في الأصل عند الضرورة يبيحه الشرع للتوصل إلى مقاصد شرعية أعظم لحفظ الدين والاصلاح .

ولذا فالأفعال المنهي عنها سدا للذريعة تباح للحاجة ، لأن الحاجة والمصلحة الراجحة قد تعلقت بها ، والأفعال المنهي عنها سداً للذريعة هي غير المتضمنة في ذاتها للمفسدة ، ولكنها طريق إليها ، والمشقة التي راعاها المشرع هي المشقة التي لاتصل إلى درجة التلف والهلاك.

---

(٦) ا غ - ابن قدامة - ٤/٤

فعليه فالضرورة أولى من الحاجية وهذا ماسلكه ابن القيم في فتـواه بإباحتـه بيـع الحليـة المصوغة بأكثر من جنسها ، فقال إن النهي عن ربا الفضل إنما هو من بـاب سـد الـذرائع مستدلاً على ذلك بحديث : "لاتبيعوا الدينار بدينارين ولا الدرهم بدرهمين فإني أخـاف علـيكم الرجاء أي الربا .

وذهب في ذلك إلى أن الحاجة كانت في هذه المعاملة .

وتنقسم الوسائل إلى أقسام عديدة منها ماهو باعتبار الحكم التكليفي من حيث الوجوب والندب والحرمة والكراهة والإباحة ، ومن حيث اتفاق واختلاف العلماء حولها ، ومن حيـث العبـادة والعادة .

فالعبادات باب حقوق ا تعالى ، ومعنى القربى والطاعة ظاهر في العبادات بخلاف المعاملات ، فقد لوحظ فيها المصلحة ، ويكون لها وصف القربى بسبب خارج كالنية .

وتنقسم الوسائل بحسب حاجات الخلق إليها إلى ضرورية بحيث لو فاتت لتعطلـت المـصالح وأضير الناس .

ووسائل حاجية يحتاج الناس إليها لرفع الحرج ودفع المشقة والضيق ووسائل تحسينية لاتدخل الضيق والحرج ، ولكن تصير أمورهم على خلاف الكمال .

ونحن في زمن طرأت علينا فيه طوارىء ، وتعقدت مسائل الحياة خصوصاً في المعاملات مما يستدعي تضافر جهود العلماء على ملاحظة مقاصد الـشريعة ملاحظـة دقيقـة ، وملاحظـة أحكامها ، وملاحظة المصالح والمفاسد ، والموازنة بينها حتى لانضطر إلـى تعطيـل عجلـة الحياة بالتوسع في درء المفاسد أو الانفلات بالتوسع في المصالح بغض النظر عـن الأحكـام الشرعية القطعية وهو جهد يجب أن تتضافر فيه جهود علماء المسلمين لتطوير الفتاوي لكـي تكون موافقة لمستجدات عصرنا من غير إفراط أو تفريط ، فتـستوعب الـشريعة مـستجدات العصر بمرونتها التي أراد ا لها أن تكون خالدة صالحة لكل زمان ومكان .

الباب الأول

القواعد الفقهية

تعريفها – وأهميتها – وتاريخها – ومجالاتها

الفصل الأول : وفيه خمسة مباحث :

- **المبحث الأول : معنى القاعدة لغة واصطلاحاً ومدلولها .**
- **المبحث الثاني : الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي .**
- **المبحث الثالث : الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية .**
- **المبحث الرابع : الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية .**
- **المبحث الخامس : الأشباه والنظائر**

الفصل الثاني : وفيه ثلاثة مباحث :

- **المبحث الأول : استمداد القواعد الفقهية .**
- **المبحث الثاني : حجية القواعد الفقهية .**
- **المبحث الثالث : أهمية القواعد الفقهية .**

الفصل الثالث : وفيه أربعة مباحث :

- **المبحث الأول : نشأة القواعد الفقهية وتدوينها .**
- **المبحث الثاني : أهم مؤلفات الفقهاء في القواعد الفقهية .**
- **المبحث الثالث : مناهج المؤلفين في القواعد الفقهية .**
- **المبحث الرابع : أقسام القواعد الفقهية .**

الفصل الأول : وفيه خمسة مباحث :

- **المبحث الأول : معنى القاعدة لغة واصطلاحاً ومدلولها .**
- **المبحث الثاني : الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي .**
- **المبحث الثالث : الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية**
- **المبحث الرابع : الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية**
- **المبحث الخامس : الأشباه والنظائر**

المبحث الأول : معنى القاعدة لغةً واصطلاحاً ومدلول القاعدة الفقهية

القاعدة في اللغة : الأساس (١) . وهي تجمع على قواعد ، وهي : أسس الشيء وأصوله ، حسياً كان ذلك الشيء : كقواعد البيت ، أو معنوياً : كقواعد الدين أي : دعائمه .

وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم ؛ يقول ا عز وجل : ﴿وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل﴾ [سورة البقرة ١٢٧] ، وكما في قوله تعالى : ﴿فأتى ا بنيانهم من القواعد﴾ [سورة النحل : ٢٦]، فالقاعدة في هاتين الآيتين الكريمتين بمعنى الأساس وهو : مايرفع عليه البنيان . وتفيد مادة (قعد) معنى الاستقرار والثبات . (٢)

وفي الاصطلاح : " قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها" (٣) .

يقول الحموي شارح الأشباه والنظائر لابن نجيم : "والقاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين ، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثري لا كلي ، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها" (٤) .

ووصفها الأستاذ مصطفى الزرقا بأنها : "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها" (٥)

١- المفردات في غريب القرآن ص٤٠٩

٢- انظر : معجم مقاييس اللغة ١٠٨/٥

٣- التعريفات للجرجاني ص ١٧١ .

٤- غمز عيون البصائر - الحموي - ٢٢/١

٥- المدخل الفقهي العام ، للأستاذ مصطفى الزرقا ٢٣٤/١ .

واستدرك الدكتور الباحسين في كتابه "القواعد الفقهية" على الذين عرفوا القواعد الفقهية بأنهم اكتفوا بتعريف أحد الجزأين ، وهو (القواعد) دون تعرض للجزء الآخر وهو الفقهيـة ، وقـد استعرض في كتابه القيم عشرة تعاريف للقاعدة وعقب على هذه التعريفات ثم قال : "ويبدو لنا في تعريف القاعدة أنها قضية كلية " (١) ثم بين أن (الفقهية) قيد في القواعد ، لإخراج ماليس فقهياً منها، والفقه في اللغة : الفهم ، وفي الاصطلاح : العلـم بالأحكـام الـشرعية العمليـة المكتسبة من أدلتها التفصيلية " .

ثم عرف القواعد الفقهية باعتبارها علماً ولقباً بعد أن ذِكره عدة تعريفـات للقاعـدة الفقهيـة بقوله : قضية كلية شرعية عملية جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية ، أو : قـضية فقهيـة كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية . (٢)

تعريف علم القواعد الفقهية : هو العلم الذي يبحث عن القضايا الفقهية الكلية التي جزئياتهـا قضايات فقهية كلية ، من حيث معناها وماله صلة به ، ومن حيث بيان أركانها ، وشروطها ، ومصدرها ، وحجيتها ، ونشأتها ، وتطورها ، وما تنطبق عليه من الجزئيات ، وما يـستثنى منها " (٣)

١- القواعد الفقهية ، للباحسين ص ١٣ - ٣٧ .

٢- المصدر السابق ص ٣٨ - ٥٤ .

٣- المصدر السابق ص ٥٦ .

المبحث الثاني : الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

إن مجال الضابط الفقهي أضيق مما وجدناه بالنسبة للقاعدة الفقهية ، إذ إن نطاقـه لايتخطـى الموضوع الفقهي الواحد الذي يرجع إليـه بعض مسائله . وقـد نبـــه علـى ذلـك بعـض الأصوليين والفقهاء جـاء في حاشية البناني (ت١١٩٨هـ) : "والقاعدة لاتختص بباب بخـلاف الضابط" (١) .

ووضح هذا الفرق العلامة تاج الدين السبكي (ت ٧٧١) بعد أن ذكر تعريف القاعدة في قوله : "ومنها ما لايختص كقولنا اليقين لايزال بالشك ، ومنها مايختص كقولنا : كل كفّارة سببها معصية فهي على الفور : والغالب فيما اختص بباب، وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطاً" (٢)

وقد انتقد السبكي إطلاق (الضوابط) على القواعد والتعريفات فقال : "وعندي أن إدخالها في القواعـد خروج عن التحقيق ، ولو فتح الكاتب بابها لا ستوعب الفقه وكرره ، وردده ، وجاء به علـى غيـر الغالب المعهود ، والترتيب المقصود ، فحير الأذهان ، وخبط الأفكار" . (٣)

وكذلك العلامة ابن نجيم يميل إلى هذا الفرق بين القاعدة والضابط ، فيقول في الفن الثاني من "الأشباه" : "الفرق بين الضابط والقاعدة : أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى ؛ والضابط يجمعها من باب واحد ، هذا هو الأصل" . (٤)

أما السيوطي - رحمه ا - فقد أبان هذا الفرق في الفن الثاني من كتابه "الأشباه والنظائر في النحو" يقول : "مما اشتمل عليه الكتاب ... في الضوابط والاستثناءات والتقسيمات ، وهو مرتب على الأبواب لاختصاص كل ضابط ببابه ، وهذا هو أحد الفروق بين الضابط والقاعدة لأن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى ، والضابط يجمع فروع باب واحد" (٥) .
وهذا ماجنح اليه أبو البقاء في "الكليات" حيث قال بعد أن عرف القاعدة : "والضابط يجمع فروعاً من باب واحد" (٦) .

١- حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ٢٩٠/٢ .
٢- مقدمة الأشباه والنظائر ، للسبكي ١١/١
٣- الأشباه والنظائر ٣٠٦/٢
٤- الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ص١٩٢
٥- الأشباه والنظائر في النحو ٧١/١
٦- الكليات لأبي البقاء ، فصل القاف ، القسم الرابع ص٧٢٨ .

قال الدكتور الباحسين :

" إن بعض العلماء أطلق الضابط على تعريف الشيء ، وعلى المقياس الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني ، وعلى تقاسيم الشيء ، وعلى أحكام فقهية عادية ، واطلاق الضوابط على هذه الأمور يجعلنا نختار تفسير الضابط بمعنى أوسع مما ذكروه ، فنحمل الضابط علـى معناه اللغوي الدال على الحصر والحبس ، فالضابط هو كل مايحصر ويحبس ، سـواء كـان بالقضية الكلية ، أو بالتعريف ، أو بذكر مقياس الشيء ، أو بيان أقسامه " . (١)

ومما ينبغي التنبيه اليه :

١- إن القواعد أكثر شذوذاً من الضوابط ، لأن الضوابط تضبط موضوعاً واحداً فلا يتـسامح فيها بشذوذ كثير .

٢- إن المصطلحات العلمية لاتستقر على نمط معين إلا بكثرة استعمالها في المواضع المختلفة وترددها على الألسنة ، وهي دائماً تنتقل من طور إلى طور وتتغير مع تعاقـب العصور، فقـد يكون الاصطلاح عاماً في فترة من الفترات فيتطور إلى أخص مما كان أولاً

وهذا ما جرى بالنسبة للقواعد والضوابط ، فإنه لم يتميز الفرق بينهما تماماً إلا في العـصور المتأخرة حين أصبحت كلمة "الضابط" اصطلاحاً متداولاً شائعاً لدى الفقهاء والباحثين في الفقه الإسلامي ، فيفرقون الآن بين الكلمتين في المجالات الفقهية . (٢)

١- القواعد الفقهية ، للباحسين ص ٦٦ .

٢- القواعد الفقهية للدكتور الندوي ص٥٠ - ٥٢ بتصرف واختصار .

المبحث الثالث : الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية

يرى بعض الباحثين المعاصرين في الفقه الإسلامي : أن النظريات العامة مرادفة لما يسمى بالقواعد الفقهية كما جنح إلى ذلك الأستاذ العلامة الشيخ محمد أبو زهرة - رحمه ا - في كتابه "أصول الفقه" حيث يقول :

"إنه يجب التفرقة بين علم أصول الفقه وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية ، وهي التي مضمونها يصح أن يطلق عليه النظريات العامة للفقه الإسلامي .. كقواعد الملكية في الشريعة، وكقواعد الضمان، وكقواعد الخيارات، وكقواعد الفسخ بشكل عام" (١) .

والواقع أن "النظرية العامة" ودراسة الفقه الاسلامي في نطاقها أمر مستحدث طريف ؛ استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراسة الفقه الاسلامي ودراسة القانون الوضعي خلال احتكاكهم وموازنتهم بين الفقه والقانون ، وبوبوا المباحث الفقهية على هذا النمط الجديد وأفردوا المؤلفات على هذه الشاكلة .

يقول الدكتور عبدالرزاق السنهوري عند تفصيله لنظرية العقد : "إن الفقه الاسلامي في مراجعه القديمة لاتوجد فيه نظرية عامة للعقد ، بل هو يستعرض العقود المسماة عقداً عقداً ، وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المسماة، فيقف عند الأحكام المشتركة التي تسري على الكثرة الغالبة من هذه العقود" . (٢)

وفي مجال هذه الدراسات الجديدة : كتاب الدكتور عبدالرزاق السنهوري بعنوان "مصادر الحق في الفقه الإسلامي" في ستة أجزاء ، وبعض دراسات الأستاذ مصطفى الزرقاء في كتابه القيم "المدخل الفقهي العام" ومؤلفات الدكتور صبحي محمصاني مثل كتابه "النظرية العامة للموجبات والعقود" ، ودراسات مستقلة أخرى على هذا الطراز .

١- أصول الفقه - محمد أبو زهرة - ص ١٠

٢- مصادر الحق د. عبدالرزاق السنهوري - ١٩/٦ - ٢٠ .

ويمكن أن تعرف النظرية العامة بأنها : "موضوعات فقهية ، أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية . حقيقتها : أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية ، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً " (١)

وذلك كنظرية الملكية ، ونظرية العقد ، ونظرية الإثبات وما شاكل ذلك .

قال الأستاذ الزرقا في "المدخل" :

" .... ومعنى هذه النظريات تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الاسلامي .. وتحكم عناصر ذلك النظام في كل مايتصل بموضوعه شعب الأحكام ، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها ، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه ، وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها ، وفكرة النيابة وأقسامها ، وفكرة البطلان والفساد والتوقف ، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه ... " . (٢)

وخلاصة القول إن النظرية العامة هي غير القاعدة الكلية في الفقه الاسلامي . فإن هذه القواعد هي بمثابة ضوابط بالنسبة إلى تلك النظريات ، أو إنما هي القواعد الخاصة أمام القواعد العامة الكبرى . وقد ترد قاعدة بين القواعد الفقهية ضابطاً خاصاً بناحية من نواحي تلك النظريات .. فقاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني" مثلاً ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من أصل نظرية العقد ، وهكذا سواها من القواعد .

والاختلاف الأساسي بينهما يتلخص في أمرين :

١- القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها ، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها ، فقاعدة "اليقين لايزول بالشك" تضمنت حكماً فقهياً في كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك ، وهذا بخلاف النظرية الفقهية : فإنها لاتتضمن حكماً فقهياً في ذاتها كنظرية الملك والفسخ والبطلان .

٢- القاعدة الفقهية لاتشتمل على أركان وشروط ، بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لها من ذلك.

١- القواعد الفقهية للندوي ص٦٣ .

٢- المدخل الفقهي - مصطفى الزرقا - ٢٣٥/١

ويمكن أن ندرج مجموعة من القواعد الفقهية - التي تختلف في فروعها وجزئياتها وآثارهـا ولكنها قد تتسم بصفة عامة ومزايا مشتركة ، أو تتحد في موضوعها العام - تحت نظرية معينة على سبيل المثال القواعد التالية :

١ - العادة محكمة (م / ٣٦) .

٢- استعمال الناس حجة يجب العمل به (م/٣٧) .

٣- لاينكر تغير الأحكام (المبنية على المصلحة أو العرف) بتغير الزمان (م/٣٩) .

٤- إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت (م/٤١) .

٥- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (م/٤٣) .

٦- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م/٤٤) .

٧- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص (م/٤٥) .

فهذه المجموعة من القواعد الفقهية المعروفة - بغض النظر عن الفروع والجزئيات المختلفة تحت كل منها - فإنه يمكن أن نضعها جميعا تحت عنوان "نظرية العرف" فـإن العـرف هـو الطابع العام الغالب على جميع هذه القواعد المذكورة . (١)

١- القواعد الفقهية للندوي ص٦٥ - ٦٦ .

المبحث الرابع : الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

إن "الفقه" علم مستقل ، و "أصول الفقه" علم مستقل ، ولكل منهما قواعده على رغم وجود الارتباط الوثيق بينهما بحيث لاينفك أحدهما عن الآخر .

والإمام القرافي أول من ميز بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية ، فقد جاء في مقدمة "الفروق" مايلي :

"فإن الشريعة المعظمة المحمدية - زاد ا تعالى منارها شرفاً وعلواً - اشتملت على أصول وفروع ؛ وأصولها قسمان :

أحدهما : المسمى بأصول الفقه ، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة ، ومايعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح نحو : الأمر للوجوب والنهي للتحريم ، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك ....

والقسم الثاني : قواعد فقهية كلية ، كثيرة العدد ، عظيمة المدد ، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر شيء منها في أصول الفقه، وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال، فبقي تفصيله لم يتحصل" (١)

ونوه بها في موضع آخر بقوله : "فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والقضاء لاتوجد في كتب أصول الفقه أصلاً " (٢)

إن القواعد الفقهية تشبه أصول الفقه من ناحية وتخالفها من ناحية أخرى . أما جهة المشابهة : فهي أن كلاً منهما قواعد تندرج تحتها جزئيات . وأما جهة الاختلاف : فهي أن قواعد الأصول هي عبارة عن المسائل التي تشملها أنواع من الأدلة التفصيلية يمكن استنباط التشريع منها ؛ وأما قواعد الفقه فهي عبارة عن المسائل التي تندرج تحتها أحكام الفقه نفسها، ليصل المجتهد اليها بناء على تلك القضايا المبينة في أصول الفقه ؛ ثم إن الفقيه إن أوردها أحكاماً جزئية فليست قواعد ؛ وإن ذكرها في صور قضايا كلية تندرج تحتها الأحكام الجزئية فهي القواعد . وكل منهما : القواعد الكلية والأحكام الجزئية داخل في مدلول الفقه على وجه الحقيقة . وكل منهما متوقف عند المجتهد على دراسة الأصول التي يبنى عليها كل ذلك .

١- الفروق للقرافي ٢/١ - ٣

٢- الفروق للقرافي ١١٠/٢ .

ويجدر بنا أن ننبه إلى أمر هام وهو أن بعض القواعد قد نجدها متداخلـة أو متراوحـة بـين القسمين المتقدم ذكرهما ، فذلك نتيجة اختلاف النظر إلى القاعدة لأنه ينظر إلى القاعـدة مـن ناحيتين :

وذلك كسد الذرائع والعرف ، فإذا نظر اليها باعتبار أن موضوعها دليل شرعي كانـت قاعـدة أصولية . وإذا نظر إليها باعتبار كونها فعلاً للمكلف ، كانت فقهية ، كسد الذرائع إذا قيل : كل مباح أدى فعله إلى حرام أو أدى الإتيان به إلى حرام فهو حرام سداً للذريعة كانـت القاعـدة فقهية ، واذا قيل : الدليل المثبت للحرام مثبت لتحريم ما أدى اليه كانت القاعدة أصولية .

وفي العرف : إذا فسر بالإجماع العملي أو المصلحة المرسلة كانت قاعدة أصولية ، واذا فسر بالقول الذي غلب في معنى معين ، أو بالفعل الذي غلب الإتيان به كانت قاعدة فقهية . (١)

---

(١) القواعد الفقهية ، للدكتور الندوي ص٦٧ - ٧١ بتصرف واختصار .

المبحث الخامس "الأشباه والنظائر" لغة واصطلاحاً

القواعد تمثل الرابط والجامع بين الأمور المتشابهة ، والأحكام العامة . والأشباه والنظائر تمثل الوقائع الجزئية التي تتحقق بها تلك المفاهيم أو تنتفي عنها .

الأشباه والنظائر لغة :

كلمة شِبه أو شَبه تُجمع على الأشباه ، وهي المثل في اللغة (١) .

ولقد تعارف أهل اللغة على استعمال هذه الكلمة في صفات ذاتية أو معنوية ، فالذاتية : نحو هذا الدرهم كهذا الدرهم ... والمعنوية نحو : زيد كالأسد (٢) .

وكذا النظير : المثل المساوي ، وهذا نظير هذا أي : مساويه . فكأنك إذا نظرت إلى أحدهما فقد نظرت إلى الآخر .

وإلى هذا التوافق والانسجام بين النظير والمثيل ألمع التهانوي في "الكشاف" بقوله : "والنظير يطلق على المثال مجازاً والنظائر كالألفاظ المتواطئة" . (٣)

ثم إن النظير يجمع على النظراء، والأنثى : النظيرة، والجمع : النظائر (وهذا)، في الكلام والأشياء كلها ؛ وإن لم يتمسك كثير من العلماء بهذا الفرق حيث نجدهم يذكرون النظير باعتباره مفرداً للنظائر.

المعنى الاصطلاحي للأشباه والنظائر :

إذا نظرنا من الناحية الاصطلاحية فإن الشبه : الصفة الجامعة الصحيحة التي إذا اشترك فيها الأصل والفرع ، وجب اشتراكهما في الحكم ، كما نص على ذلك علماء الأصول .

يقول تاج الدين السبكي رحمه الله : "إن الأشباه : هو أن يجتذب الفرع أصلان ، ويتنازعه مأخذان ، فينظر إلى أولاهما وأكثرهما شبها فيلحق به " (٤) .

١- تاج العروس - الزبيدي ٣٩٣/٩ .

٢- المصباح المنير - الفيومي ٣٥٨/١ .

٣- الكشاف - التهانوي ١٣٩١/٦

٤- مقدمة الأشباه والنظائر ، نقلاً عن : القواعد الفقهية للدكتور الندوي ص ٧١ .

ويقول العلامة نجم الدين النسفي (٥٣٧هـ) مبيناً لقوله رضي ا عنه : "أي إذا وقعت واقعة لاتعرف جوابها فردها إلى أشباهها من الحوادث تعرف جوابها " (١). والى هذه المعاني أشـار ابن خلدون أيضا في مقدمته .
وذلك مايدل على إعمال القياس عند تحقق العلة الجامعة الصحيحة بـين الأصـل والفـرع ، وإلحاق الحوادث الجديدة التي لم ينص عليها بأشباهها بعد النظر والتثبت .

أما كلمة النظائر فلم يرد فيها أثر عن عمر رضي ا عنه ، لكن الفقهاء أضافوا كلمة النظائر إلى كلمة الأشباه وذلك لأنهم لما أرادوا أن يتكلموا في القواعد ، وجدوا القواعد على أصـناف متعددة من قواعد كبرى ، أو قواعد صغرى ، أو قواعد مذهبية تختلف بـاختلاف المـذهب . وبجانب تلك القواعد ألفوا هناك مايتلاءم معها من فنون فقهية أخرى مثل الفـروق وأحكـام وحقائق هي في الواقع متشابهة مع وجود بعض الفرق بينها مثل الوضوء والغسل والنـسيان والخطأ ، وكل ذلك أفضى بهم إلى إلحاق النظائر إلى الأشباه حتى يمكن جمع تلـك الأصـناف تحت عنوان شامل ولا يعد ما يندرج تحته دخيلاً ومقحماً .

ولاشك أن ذلك كان مبنياً على أمر علمي دقيق ، إذ إنهم أدركـوا أن كلمـة الأشـباه لاتفـي بالغرض الذي يتوخونه بحيث يدخل فيها القواعد والضوابط ، ولكن لايدخل فيها الفروق بحال من الأحوال .
لأن الفروق عبارة عن شيئين بينهما شبه ضعيف في الظاهر ولكن يظهر الفرق بينهمـا عنـد التدقيق والتأمل كما سيأتي بيانه بشيء من التفصيل ؛ فهنا أضافوا النظائر إلى كلمة الأشباه ، لأنها أعم من الشبيه والمثيل ، فالنظير قد يشارك أصله ولو بوجه واحد كما يتجلى مما ذكـره السيوطي - رحمه ا - في النص التالي :
"المثيل أخص الثلاثة . والشبيه أعم من المثيل وأخص من النظير ، والنظير أعم من الشبيه . وبيان ذلك أن المماثلة تستلزم المشابهة وزيادة . والمشابهة لاتستلزم المماثلة . فلا يلـزم أن يكون شبه الشيء مماثلاً له . والنظير قد لايكون مشابهاً .

وحاصل هذا الفرق أن المماثلة تقتضي المساواة من كل وجه ، والمشابهة تقتضي الاشـتراك في أكثر الوجوه لا كلها ، والمناظرة تكفي في بعض الوجوه ولو وجهاً واحداً ، يقال هذا نظير هذا في كذا ، وإن خالفه في سائر جهاته ...

١- طلبة الطلبة- النسفي - ص ١٣٠

وأما اللغويون فإنهم جعلوا المثيل والشبيه والنظير بمعنى واحـد ... " (١) ، وهـذا ماسـجله العلامة ابن حجر الهيتمي المكي أيضاً في الفتاوي الحديثية (٢) .

مدى التزام الفقهاء في مؤلفاتهم في (القواعد) بالمصطلحات :

لم يلتزم المؤلفون في موضوع القواعد الفقهية بمعنى القاعدة الذي ذكروه ، بل توسعوا فـي ذلك ، فأطلقوا القواعد على ماينطبق على تعريفهم لها ، وعلى تعريفهم للضابط ، وعلى مـالا ينطبق على أي منهما إلا بقرب من التأويل البعيد :

١ - فأطلقوا القاعدة على ماهو ضابط كقولهم : " كل ما يثبت في الذمة لا يصح الإقرار به" (٣)

٢- وأطلقوها على تعريف الشيء ، كقولهم : "قاعدة : الحالف كل من توجهت عليه دعـوى صحيحة" (٤)

٣- وأطلقوها على التقسيمات كقول ابن رجب (٧٩٥) : "القاعدة السادسة والثمانون : الملـك أربعة أنواع : ملك عين ومنفعة ، وملك عين بلا منفعة ، وملك منفعة بلا عين ، وملـك انتفاع من غير ملك المنفعة " (٥)

٤- وأطلقوها على ماهو شبيه بالتقسيمات ، كإطلاقها على حـصر الأسـباب أو الـشروط أو الأركان ، أو غيرها .

٥- كما أطلقوها على عناوين المسائل الفقهية . (٦)

١- الحاوي للفتاوي ٢٧٣/٢

٢- الفتاوي الحديثية - ابن حجر الهيتمي - ص١٩٣ نقلاً عن كتاب "القواعد الفقهية" للندوي ص٧٢-٧٩ .

٣- الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥١٤ .

٤- الأشباه والنظائر للسبكي ٤٣٧/١ .

٥- القواعد ، لابن رجب ص ١٩٥ .

٦- انظر : القواعد الفقهية ، للباحسين ص ١٠٠ - ١٠٦ .

الفصل الثاني : وفيه ثلاثة مباحث :

- **المبحث الأول : استمداد القواعد الفقهية .**
- **المبحث الثاني : حجية القواعد الفقهية .**
- **المبحث الثالث : أهمية القواعد الفقهية .**

المبحث الأول : استمداد القواعد الفقهية

القواعد الفقهية تستمد من الكتاب والسنة والاجماع ، وبقية أدلة التشريع الأخرى يـستنطبها العلماء على مر العصور ، وعلى حسب ماتدعو اليه الحاجة ، وعلى حسب مايطرأ من تغيـر الأمكنة والأزمنة والأحوال والأشخاص والمقاصد ، فتظهر عندئذ القواعد الفقهيـة فـي هـذه المجالات التي تحتاج إلى تلك الصياغة الجديدة التي تبين كيف رأى الفقه الإسلامي هذا الجانب من جوانب تلك المجالات .

فاستمداد القاعدة الفقهية إذن قد يكون نصاً من الكتاب كقاعدة "المشقة تجلب التيسير" مستمدة من قول ا تعالى : ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج ٧٨] ، أو السنة كقاعدة "الأمور بمقاصدها" فإن مصدرها حديث "إنما الأعمال بالنيات" . (١)

وقد تكون القاعدة مستنبطة من نصوص شرعية متعددة كقاعدة : "اليقين لايزول بالشك" فإنها مستنبطة من نصوص شرعية ، منها حديث " إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء أو لا ، فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً" . (٢)

وقد تكون القاعدة مستنبطة من الإجماع كقولهم : "الاجتهاد لاينقض بمثله" .
كما قد يكون مصدرها مجموعة المسائل الفقهية التي تجمعها علاقة جامعة بينها كقاعدة "يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء" ، وقاعدة "الإقرار حجة قاصرة" .

---

(١) رواه البخاري (١) و (٥٤) و (٢٥٢٩) ، ومسلم (١٩٠٧) .

(٢) رواه مسلم ١ : ٢٧٦ (٣٦٢) ، وابن خزيمة ١ : ١٦ (٢٤) ، والبيهقي ١ : ١١٧ (٥٦٩) .

المبحث الثاني : حجية القواعد الفقهية

اتفق الفقهاء على أن القاعدة الفقهية التي مصدرها نص شرعي حجة ، لأن الاحتجاج بها في الواقع من الاحتجاج بأصلها .
ولكن حصل الخلاف في القاعدة الفقهية التي استنبطها الفقهاء من استقرائهم للفروع الفقهية ، وذلك على رأيين :
الرأي الأول : أنها ليست حجة ، وإنما هي شاهد يستأنس به ، ولا يمكن الاعتماد عليها ، وممن ذهب إلى هذا الرأي ابن فرحون المالكي ، وابن دقيق العيد الشافعي .

الرأي الثاني : أنها إذا سلمت القاعدة من المعارض تصير حجة ، وذلك عند القرافي وأبي عبدا بن عرفة . (١)

والرأي الأول هو الأصوب لأن القاعدة حكم أغلبي ، وفي الاستدلال بها ذريعة لترك العناية بالدليل الخاص ، ولكن من الممكن الاستئناس بها فقط لاسيما إذا لم يكن لها معارض ، وإن كان في الرأي الثاني وجاهة جاءته من اشتراط السلامة من المعارض ، وا أعلم .

وقد جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢) ما نصه :
"إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية تتخذ أدلة لاثبات المسائل ، وتفهمها في بادىء الأمر، فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل، ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان" .

وقال ابن نجيم في الفوائد الزينية - كما نقله عنه الحموي في "غمز عيون البصائر" (٣) : "لايجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية ، خصوصاً وهي لم تثبت عن الإمام ، بل استخرجها المشايخ من كلامه" .

١- الفروق للقرافي ٢ :١٠٩ ، ودرر الحكام ١: ١٠ .
٢- درر الحكام ١٠/١ .
٣- غمز عيون البصائر - الحموي - ٣٧/١ .

المبحث الثالث : أهمية القواعد الفقهية

إن القواعد الفقهية تصور المبادىء والمقررات الفقهية العامة تصويراً رائعـاً ، وتعتبـر كشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية التي يسرت ضبط فروع الأحكام العملية بضوابط تبين كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط وجهة الارتبـاط برابطـة تجمعهـا وإن اختلفـت موضـوعاتها وأبوابها. ولولاها لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً متناثرة مشتتة .

وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويـشرف ، ويظهر رونق الفقه ، ويعرف وتتضح مناهج الفتوى ، ويكشف فيها تنافس العلماء وتفاضـل الفضلاء ، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية ، تناقضت عليـه الفروع واختلفت ، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت ، وضاقت نفسه لذلك وقنطت ، واحتـاج إلى حفظ الجزئيات التي لاتتناهي ، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها ، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لاندراجها في الكليات ، واتحد عنده ماتناقض عند غيره ، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب ، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان ، فبين المقامين شأو بعيد ، وبين المنزلتين تفاوت شديد " . (١)

وقال الإمام ابن رجب في القواعد الفقهية : "فهذه قواعد مهمة وفوائد جمـة تـضبط للفقيـه أصول المذهب ، وتطلعه من مآخذ الفقه على ماكان عنه قد تغيب ، وتنظم له منثور المـسائل في سلك واحد ، وتقيد له الشوارد ، وتقرب عليه كل متباعد" . (٢)

١- الفروق للقرافي ٣/١

٢- القواعد لابن رجب ص٣

وقال الزركشي في "المنثور" (١) : "أما بعد ؛ فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أوعى لحفظها وأدعى لضبطها ، وهي إحدى حكم العدد التي وضع لأجلها ، والحكيم إذا أراد التعليم لابد له أن يجمع بين بيانين : إجمالي تتشوف إليه النفس ، وتفصيلي تسكن إليه .

ولقد بلغني عن الشيخ قطب الدين السنباطي - رحمه الله - أنه كان يقول : الفقه معرفة النظائر ، وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب ، وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب ، وتنظم عقده المنثور في سلك ، وتستخرج له مايدخل تحت ملك .... " .

وقال الإمام السبكي في "الأشباه والنظائر" (٢) : حق على طالب التحقيق ، ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق أن يحكم قواعد الأحكام ليرجع إليها عند الغموض ، وينهض بعبء الاجتهاد أتم نهوض ، ثم يؤكدها بالاستكثار من حفظ الفروع لترسخ في الذهن مثمرة عليه بفوائد غير مقطوع فضلها ، ولا ممنوع ... إلخ .

وقال أيضاً : "وإن تعارض الأمران ، وقصر وقت طالب العلم عن الجمع بينها لضيق أو غيره من آفات الزمان ... فالرأي لذي الذهن الصحيح الاقتصار على حفظ القواعد ، وفهم المآخذ" .

وعلق على هذا الكلام بعض العلماء فقال : "اشتدت حاجة الشادين في الفقه الاسلامي إلى حفظ هذه القواعد ووعيها لما آل إليه الأمر من تقاعس الهمم وكثرة مطالب الحياة في هذا العصر" وكأن الإمام السبكي - رحمه الله - يخاطبنا في الفقرة الأخيرة من كلامه .

ومن خلال كلام العلماء يظهر لنا أن للقواعد الفقهية أهمية كبرى لايستغني عنها كل مشتغل بالفقه وفروعه وأصوله ، ويتمثل ذلك فيما يلي :

١- أن القواعد الفقهية توفر على الفقيه وقته وجهوده ، إذ بها يستطيع ضبط الجزئيات ومعرفة مسائل الفروع ، لأن مسائل الفروع كثيرة ، وأحكام الجزئيات باعتبارها منبثة في كثير من الأبواب المختلفة يصعب استدامة حفظها ، ولأنها تتشابه في بعض الوجوه .

أما القاعدة الفقهية فإنها أيسر حفظاً وأسهل استحضاراً لقلة لفظها وإحكام صياغتها ، فهي غالباً تغني عن حفظ الجزئيات والمسائل .

١- المنثور - الزركشي ٦٥/١ - ٦٦

٢- الأشباه والنظائر - السبكي – ٤/١

٢- أن الفقيه عندما ينكب على دراسة القواعد الفقهية فإن ذوقه ووعيه الفقهي يكون ناميـا متجدداً يستطيع أن يرد بهذه الملكة الفقهية كثيراً من المسائل إلى أصولها التي تجمعهـا للعلاقة التي بينها ، كما يستطيع أن يربط مايجد من مطالب لديه بأصولها ، وبذلك يسهل على الفقيه معرفة هذه النوازل ، وخاصة إذا لم يكن للأقدمين بها عهد ، ولم يتكلموا فيها بشىء ، والمسلمون أحوج مايكونون إلى أمثال هؤلاء الفقهاء الذين يبينـون للمـسلمين حكم الشريعة في النوازل الجديدة والقضايا المستحدثة .

٣- عند دراسة الفقيه للقواعد الفقهية يحدد فهم واستخراج أوجه التشابه في المسائل ، فبذلك تتسع دائرة التطبيق العلمي لهذه القواعد ، وربما نشأ عن ذلك قواعد جديدة فيثرى الفقه الإسلامي ، ويجد الناس الحلول لكثير من القضايا المستعصية والمباحث الشائكة .

٤- كما أن من الفوائد التي تبين أهمية دراسة القواعد الفقهية أنها تعطي صورة للمذهب الذي كتبت فيه بحيث إن المتمرس بها وبفروع المذهب يوجد عنده تصور للمذهب يستطيع بـه أن يتعرف على مسائله ، ويدرك مراميه .

٥- توضح المنهاج الذي وصل اليه الاجتهاد في المذهب ، والروابط التي تربط بين مـسائله الجزئية .

٦- تسهل وتيسر على من يفهمها مهمة الدراسة المقارنة بين المـذاهب الفقهيـة ، فتكـون المقارنة بين القواعد الكلية لا بين الفروع الجزئية التي يتيه القارىء فيها .

٧- بمعرفة القواعد الفقهية يسهل على العالم بها إبطال دعوى أولئك الذين يغمطـون الفقـه الاسلامي حقه ، وينقصونه قدره ، ويرمونه بأنه حلول جزئية ، وليس قواعد كلية .

٨- إدراك مقاصد الشريعة ، فمعرفة القاعدة العامة يفهم منه مقصد الشريعة في ذلك فقاعدة : "المشقة تجلب التيسير" يفهم منها أن رفع الحرج والتيسير على العباد مقصد من مقاصـد الشريعة . (١)

١- القواعد الفقهية الكبرى ، للدكتور عبدا العجلان .

الفصل الثالث : وفيه أربعة مباحث :

- **المبحث الأول : نشأة القواعد الفقهية وتدوينها .**
- **المبحث الثاني : أهم مؤلفات الفقهاء في القواعد الفقهية**
- **المبحث الثالث : مناهج المؤلفين في القواعد الفقهية .**
- **المبحث الرابع : أقسام القواعد الفقهية .**

المبحث الأول : نشأة القواعد الفقهية وتدوينها

التمهيد :

مرت القواعد الفقهية في تطورها في ثلاثة أطوار :

١- الطور الأول : طور النشوء والتكوين .

٢- الطور الثاني : طور النمو والتدوين .

٣- الطور الثالث : طور الرسوخ والتنسيق .

وسأذكر هذه المراحل باختصار فيما يلي :

الطور الأول : طور النشوء والتكوين

هو عصر الرسالة أو عصر التشريع الذي كانت فيه البذرة الأولى للقواعد الفقهية . فـإن النبـي ﷺ الذي أنطقه الله بجوامع الكلم ، كانت أحاديثه الشريفة في كثير من الأحكام بمثابة القواعد العامة التي تنطوي تحتها فروع فقهية كثيرة . وهي بجانب كونها مصدراً خصباً للتشريع واستنباط الأحكام تمثـل القواعد الكلية الفقهية ، مثل قوله ﷺ : "الخَراج بالضمان" ، "العجماء جرحها جبـار" ، "لا ضـرر ولا ضرار" ، "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" ، وما سواها من جوامع الكلِم ، أضـحت عنـد الفقهاء قواعد ثابتة مستقلة، وجرت مجرى القواعد الفقهية .

ومن ذلك قوله : "المِنيحة (١) مردودة، والعارية مؤداة، والدين مقضي، والزعيم (٢) غارم " (٣)

---

(١) المنيحة أو المِنْحة : بمعنى العطية . انظر : ابن الاثير : "النهاية" ٣٦٤/٤ .

(٢) الزعيم : الكفيل . الغارم : الضامن . ابن الاثير "النهاية" ٣٠٣/٢ .

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥) في البيوع ، والترمذي (١٢٦٥) في البيوع ، و (٢١٢١) في الوصايا .

قال الإمام ابن تيمية - بعد ذكره الحديث الذي رواه أهل السنن وهو : "وما أسكر كثيره فقليله حرام" (١) - : "جمع رسول ا ﷺ بما أوتيه من جوامع الكلم كل ما غطى العقل وأسكر ولـم يفرق بين نوع ونوع ، ولا تأثير لكونه مأكولاً ولا مشروباً " (٢)

فهذا هو الضابط المحكم ، الذي وضعه رسول ا ﷺ في باب المسكِرات وتحريمها .

وإذا تتبعنا مصادر السنة المطهرة ، نجدها حافلة بمثل هذه الجوامع ، وهي لاتخلو عن كونها قواعد فقهية ذات أهمية وشأن في الفقه الإسلامي .

كذلك إذا تأملنا بعض الآثار المنقولة عن الصحابة - رضي ا عـنهم - ظهـرت لنـا هـذه الحقيقة ، ومن ذلك : القول المشهور عن عمر بن الخطاب - رضـي ا عنـه - فـي صـحيح البخاري : "مقاطع الحقوق عند الشروط" .

وقال عمر رضي ا عنه : "من عطل أرضـاً ثـلاث سنين لم يعمرها ، فجاء غيره فعمرهـا فهي لـه " (٣)

وما أخرجه عبدالرزاق عن علي رضي ا عنه قوله : "من قاسم الربح فلا ضمان عليه" (٤) . يعـد قاعدة مهمة في مجال المعاملات المالية من المضاربة والشركة .

ومن ذلك أيضاً قول علي رضي ا عنه : "ليس على صاحب العارية ضمان" ، "من أجر أجيراً فهـو ضامن" (٥)

ومن النماذج المأثورة لتلك القواعد في عصر التابعين وقبـل أن تتكـون المـذاهب الفقهيـة المشهورة ، مانقل إلينا من بعض أقوال الإمام القاضي شُريح بن الحارث الكنـدي (٧٦هـ ـ) كقوله : "من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه " (٦) فهذه قاعدة تسوغ الـشروط الجعلية وهي في معنى ماذكرناه عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي ا عنه .

---

(١) رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي في الأشربة ، وابن حبان ، كلهم عن جابر ، وقال الترمذي : حسن غريـب ، وصححه ابن حبان ، قال الحافظ ابن حجر : ورواته ثقات" فيض القدير ٥ : ٤٢٠ .

(٢) مجموع فتاوي شيخ الإسلام : ٣٤١/٢٨ - ٣٤٢ .

(٣) الخراج ليحيى بن آدم ص ٩١ نقلاً عن القواعد الفقهية للدكتور الباحسين ص ٢٩٠ .

(٤) مصنف عبدالرزاق ٢٥٣/٨ ، نقلاً عن القواعد الفقهية للدكتور الندوي ص٩٢ .

(٥) المصدر السابق ١٧٩/٨ ، والمصنف لابن أبي شيبة ١٢٧/٦ .

(٦) صحيح البخاري بشرح الكرماني ٥٥/١٢

ويدخل تحت مفهوم هذه القاعدة مايسمى اليوم قانوناً بالشرط الجزائي ، وبناء على ذلك الأصل المقرر يسوغ الإلزام بغرامات معينة عند التأخير في مجال المقاولات التي يـتم فيهـا عـادة الاتفاق على مدة التسليم والفراغ من العمل . (١)

وكذلك قوله : "من ضمن مالاً فله ربحه" (٢) يمثل قاعدة في وجازة تعبيره ويماثل في المعنى القاعدة المشهورة : "الخراج بالضمان" التي هي نص الحديث النبوي .
فجميع تلك الآثار والمرويات أمارات واضحة على وجود القواعد في عصر الرسول والصحابة وعصر التابعين .
وهذه المراحل تمثل القواعد الفقهية قبل تدوينها وهي تعد أساساً لنشوء القواعد الفقهية (٣)

القواعد في مرحلة تدوين الفقه :

ولعل أقدم مصدر في هذا المجال ، هو "كتاب الخراج" للإمام القاضي أبي يوسف يعقـوب بـن إبراهيم (١٨٢هـ) رحمه ا (٤) . وفيما يلي بعض الأمثلة من عباراته مما يتعلق بالمعاملات المالية :

١- "ليس للإمام أن يخْرج شيئاً من يد أحدٍ إلا بحقٍ ثابت معروف" (٥) : هذه العبـارة نظيـرة للقاعدة المشهورة المتداولة "القديم يترك على قِدمه" (م/٦)
٢- "ليس لأحد أن يحدث مرجاً في ملك غيره ، ولا يتخذ فيه نهراً ولا بئراً ولا مزرعـة ، إلا بإذن صاحبه ، ولصاحبه أن يحدث ذلك كله" (٦)
٣- " لاينبغي لأحد أن يحدث شيئاً في طريق المسلمين مما يضرهم . ولا يجوز للإمام أن يقطع شيئاً مما فيه الضرر عليهم ، ولا يسعه ذلك" . (٧)
٤- " كل مافيه مصلحة لأهل الخراج في أراضيهم وأنهارهم ، وطلبوا إصلاح ذلك لهم ، أجيبوا إليه ، إذا لم يكن فيه ضرر على غيرهم " (٨)

---

(١) القواعد الفقهية للدكتور علي الندوي ٩٢ - ٩٣ .
(٢) أخبار القضاة : وكيع بن حيان : ٣١٩/٢ نقلاً عن القواعد الفقهية ص٩٣ .
(٣) انظر امثلة كثيرة من العبارات الواردة على ألسنة الصحابة والتابعين في كتاب "القواعد الفقهية" للدكتور الباحـسين ص٢٩٠ - ٢٩٧ .
(٤) وقبل هذا الكتاب (المجموع) المنسوب لزيد بن علي (ت١٢٢) ولكن في صحة نسبته إليه نظر ، راجع كتاب العلامة أبو زهرة "زيد بن علي" ص ٢٢٣ - ٢٧٥ .
(٥) المصدر نفسه ص٧١ .
(٦) كتاب الخراج : ص١١١
(٧) المصدر نفسه : ص ١٠١
(٨) المصدر نفسه : ص ١١٩

وكذلك من أقدم ما وصل إلينا من تلك المصادر بعض كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني (١٨٩هـ) . فإذا تأملنا في كتاب (الأصل) نجده يعلل المسائل ، وهذا التعليل كثيراً مايقوم مقام التقعيد .(١)

ومن تلك الأمثلة فيما يتعلق بالمعاملات المالية :

" لا يجتمع الأجر والضمان " . (٢)

وعلى ذلك المنوال جرى الإمام المذكور في مواضع من كتابه "الحجة" أيضاً ، فعلى سبيل المثال نجده في كتاب البيوع من الكتاب المذكور يتطرق إلى مسائل كثيرة ثم في الختام يضع قاعدة مهمة فيقول :

" كل شيء كره أكله والانتفاع به على وجه من الوجوه فشراؤه وبيعه مكروه وكل شيء لا بأس بالانتفاع به فلا بأس ببيعه" (٣)

وفي كتاب "الأم" الذي أملاه الإمام الشافعي رحمه ا (٢٠٤هـ) نجد مادة غزيرة للقواعد ، جديرة بأن تسمى (كليات)

وإليك نماذج متنوعة من الكتاب المذكورفيما يتعلق بالمعاملات المالية :

١- " الحاجة لا تُحِقّ لأحد أن يأخذ مال غيره " (٤)

٢- " ...... وليس يحل بالحاجة محرم إلا في الضرورات " (٥)

٣- " الرخصة عندنا لا تكون إلا لمطيع ، فأما العاصي فلا " (٦)

١- انظر كتاب الأصل ، تحقيق : أبي الوفاء الأفغاني ، (ط. الهند الأولى ، مطبعة دائرة المعارف العثمانية) ١٦٢/٣

٢- كتاب الاصل : ٤٥/٣ ، نقلاً من كتاب (القواعد الفقهية) للدكتور علي الندوي ص٩٦-٩٩ .

٣- كتاب الحجة على أهل المدينة ، ترتيب وتصحيح وتعليق : السيد مهدي حسن الكيلاني (ط. الهند : حيدر آباد ، ١٣٨٣هـ/١٩٦٨م ، تصوير بيروت ، عالم الكتب) ٧٧١/٢ - ٧٧٢ .

٤- الأم ٧٧/٢ ، تفريع فرض الجهاد ، نقلاً عن كتاب "القواعد الفقهية" للندوي ص٩٩ - ١٠١ .

٥- المصدر نفسه : ٢٨/٣ ، باب ما يكون رطباً أبداً ....

٦- المصدر نفسه : ٢٢٦/١ ، في أي جوف تجوز فيه الصلاة .

وهناك عبارات مروية عن الإمام أحمد رحمه ا (٢٤١هـ) . أوردها الإمام أبو داود في كتاب "المسائل" تتسم بطابع القواعد . وهي قواعد مفيدة في أبوابها . منها : ماجاء في باب الهبة عنه قال : "سمعت أحمد يقول : كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن" .(١)

وفي باب بيع الطعام بكيله ورد عن طريقه قول أحمد : "كل شيء يشتريه الرجل مما يكال أو يوزن فلا يبعه حتى يقبضه ، وأما غير ذلك فرخص فيه" (٢) .

ومن هذا الباب ما روي عن القاضي سوار بن عبدا (٢٤٥هـ) قوله : "كل أمر خالف أمر العامة فهو عيب يرد به" (٣)

١- أبو داود السجستاني : كتاب مسائل الإمام أحمد ، (ط. بيروت الثانية) ص ٢٠٣ .

٢- المصدر السابق ص٢٠٢ .

٣- وكيع : أخبار القضاة ٥٥/٢ من كتاب "القواعد الفقهية"" للدكتور الندوي ص١٠٢ - ١٠٣

الطور الثاني : طور النمو والتدوين

وأما بداية القواعد الفقهية باعتبارها فناً مستقلاً ، فقد تأخرت عن العصور المبكرة إلى عصر الفقهاء في إبان القرن الرابع الهجري ، وما بعده من القرون .

قال الدكتور علي الندوي في "القواعد الفقهية" : (١)
ومما يشهد له التاريخ ويظهر ذلك بالتتبع والنظر ، أن فقهاء المذهب الحنفي كانوا أسبق من غيرهم في هذا المضمار ، ولعل ذلك للتوسع عندهم في الفروع وأخذ بعض الأصول عن فروع أئمة مذهبهم ، ومن ثم ترى الإمام محمداً - رحمه ا - في كتاب الأصل يذكر مسألة فيفرع عليها فروعاً قد يعجز الإنسان عن وعيها والإحاطة بها . وكل ذلك جعل الطبقات العليا من فقهاء المذهب يصوغون القواعد والضوابط التي تسيطر على الفروع الكثيرة المتناثرة وتحكمها .

ولعل أقدم خبر يروى في جمع القواعد الفقهية في الفقه الحنفي مصوغة بصيغها الفقهية المأثورة، ما رواه الإمام العلائي الشافعي (٧٦١هـ) والعلامتان السيوطي (٩١١هـ) وابن نجيم (٩٧٠هـ) في كتبهم في القواعد (٢) : أن الإمام أبا طاهر الدباس من فقهاء القرن الرابع الهجري قد جمع أهم قواعد مذهب الإمام أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية . وكان أبو طاهر - رحمه ا - ضريراً يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد انصراف الناس . وذكروا أن أبا سعيد الهروي الشافعي قد رحل إلى أبي طاهر ، ونقل عنه بعض هذه القواعد . ومن جملتها القواعد الأساسية المشهورة وهي :

١- الأمور بمقاصدها .
٢- اليقين لايزول بالشك .
٣- المشقة تجلب التيسير .
٤- الضرر يزال .

---

(١) القواعد الفقهية للندوي ص١٣٥-١٥٥ بتصرف واختصار ، و "القواعد الفقهية" للباحسين ص٣١٨ ومابعدها .
(٢) انظر العلائي : "المجموع المذهب في قواعد المذهب" . السيوطي : الأشباه والنظائر : ص٧ ؛ ابن نجيم : الأشباه والنظائر : ص١٠-١١ .

٥- العادة محكمة . (١)

وللإمام الكرخي (ت٣٤٠ هـ) رسالة مشهورة في القواعد تحتوي على سبع وثلاثين قاعدة. وبجانب هذه الرسالة المشهورة في المذهب الحنفي ألف الإمام محمد بن الحارث الخُشني المالكي (المتوفي حوالي سنة ٣٦١هـ) كتابه "أصول الفتيا" الذي يتناول طائفة كبيرة من القواعد والكليات الفقهية .

ويأتي بعدهما كتاب "تأسيس النظر" لأبي الليث السمرقندي ت (٣٧٣هـ) وهو مطابق لكتاب (تأسيس النظر) لأبي زيد الدبوسي (ت٤٣٠) باستثناء اختلافات يسيرة . (٢)

ثم في القرن الخامس الهجري جاء الإمام أبو زيد الدبوسي (٤٣٠هـ) وأضاف إلى ثروة المجموعة المتناقلة عن الإمام الكرخي إضافات علمية قيمة في هذا الموضوع. إذا يمكن أن يقال إن القرن الرابع الهجري هو المرحلة الثانية في نشأة القواعد الفقهية وتدوينها ، حيث وجد أول كتاب في هذا الفن وهو يمثل بداية هذا العلم من ناحية التدوين .

تدوين القواعد من بداية القرن السابع إلى نهاية القرن العاشر :

أما في القرن السابع الهجري ، فقد برز فيه هذا العلم إلى حد كبير ، وإن لم يبلغ مرحلة النضج ، وعلى رأس المؤلفين في ذلك العصر : العلامة محمد بن إبراهيم الجاجرمي السهلكي (٦١٣هـ) ، فألف كتاباً بعنوان : "القواعد في فروع الشافعية" ، ثم الإمام عز الدين بن عبدالسلام (٦٦٠هـ) ألف كتابه "قواعد الأحكام في مصالح الأنام" ، الذي طبق صيته الآفاق ، ويطلق على كتابه (القواعد الكبرى) في مقابلة كتابه الصغير (الفوائد في اختصار المقاصد) المسمى بالقواعد الصغرى .

فهذه المؤلفات تعطينا فكرة عامة عن القواعد الفقهية في القرن السابع الهجري ، وأنها بدأت تختمر وتتبلور يوماً فيوماً .

---

(١) وقد نظم بعض الشافعية هذه القواعد الخمس الأساسية في بعض الأبيات :

خمس مقررة قواعد مذهب ... للشافعي فكن بهن خبيرا

ضرر يزال وعادة قد حكمت ... وكذا المشقة تجلب التيسيرا

والشك لا ترفع به متيقنا ... والقصد أخلص إن أردت أجورا

انظر : السقاف المكي ، الفوائد المكية (ضمن مجموعة سبعة كتب مفيدة) ص١٤

(٢) القواعد الفقهية للباحسين ص٣١٨ .

أما القرن الثامن الهجري ، فهو يعتبر العصر الذهبي لتدوين القواعد الفقهية ونمو التأليف فيها، تفوقت فيه عناية الشافعية لإبراز هذا الفن . ثم تتابعت هذه السلسلة في المذاهب الفقهية المشهورة .

ومن أهم وأشهر ما ألف في ذلك العصر الكتب التالية :

١- الأشباه والنظائر : لابن الوكيل الشافعي (٧١٦هـ) .
٢- كتاب القواعد : للمقري المالكي (٧٥٨هـ) .
٣- المجموع المذْهب في ضبط قواعد المذهب : للعلائي الشافعي (٧٦١هـ) .
٤- الأشباه والنظائر : لتاج الدين السبكي (٧٧١هـ) .
٥- الأشباه والنظائر : لجمال الدين الأسنوي (٧٧٢هـ) .
٦- المنثور في القواعد : لبدر الدين الزركشي (٧٩٤هـ) .
٧- القواعد في الفقه : لابن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ) .
٨- القواعد في الفروع : لعلي بن عثمان الغزي (٧٩٩هـ) .

ومعظم هذه المؤلفات - على اختلاف مناهجها ومناحيها - حملت ثروة كبيرة من القواعد والضوابط ، والأحكام الأساسية الأخرى .

وفي القرن التاسع الهجري أيضاً جدت مؤلفات أخرى على المنهاج السابق فتجد في مطلع هذا القرن العلامة ابن الملقن (٨٠٤هـ) صنف كتاباً في القواعد اعتماداً على كتاب الإمام السبكي ، وما سواه من الكتب التي نذكر بعضها فيما يأتي :

١- أسنى المقاصد في تحرير القواعد : لمحمد بن محمد الزبيري (٨٠٨هـ) .
٢- القواعد المنظومة : لابن الهائم المقدسي (٨١٥هـ) ، وأيضاً قام بتحرير "المجموع المذهب في قواعد المذهب" للعلائي ، وأسماه "تحرير القواعد العلائية وتمهيد المسالك الفقهية" .
٣- كتاب القواعد : لتقي الدين الحِصني (٨٢٩هـ) .
٤- القواعد والضوابط : لابن عبدالهادي (٨٨٠هـ) .

وفي القرن العاشر الهجري جاء العلامة السيوطي (٩١٠هـ) ، وقام باستخلاص أهم القواعد الفقهية المتناثرة المبددة عند العلائي والسبكي والزركشي ، وجمعها في كتابه "الأشباه والنظائر" .

وكذلك العلامة ابن نجيم الحنفي (٩٧٠هـ) ألف على طراز ابن السبكي والسيوطي كتابه "الأشباه والنظائر" . وهو يعتبر خطوة متقدمة ، لأنه بعد انقطاع مديد ظهر مثل هذا الكتاب في الفقه الحنفي . وتهافت عليه علماء الحنفية تدريساً وشرحاً .

وهكذا أخذ هذا العلم في الاتساع مع تعاقب الزمان دون انقطاع في القرن الحادي عشر وما بعده من قرون ، ومن هنا يمكن القول بأن الطور الثاني وهو طور النمو والتدوين "للقواعد الفقهية" ، الذي بدأ على أيدي الإمامين الكرخي والدبوسي ، أوشك أن يتم ويتّسق بتلك المحاولات المتتالية الرائعة على امتداد القرون . (١)

---

(١) القواعد الفقهية ، للندوي ص١٤٠ - ١٤١ باختصار وتصرف .

الطور الثالث : طور الرسوخ والتنسيق

إن القواعد الفقهية دارت في أول نشأتها على ألسنة المتقدمين من كبار التابعين وأئمـة الاجتهاد ، ثم تناقلها تلاميذهم ، والفقهاء الذين تبعوهم ، إلى أن جـرى تـدوينها واتـضحت معالمها .

لكن القواعد على الرغم من تلك الجهود الكثيرة ظلت متفرقة ومبددة في مـدونات مختلفـة. وتضمنت تلك المدونات بعض الفنون الفقهية الأخرى مثل الفروق والألغاز ، وأحياناً تطرقـت إلى بيان بعض القواعد الأصولية ، فلم يستقر أمرها تمام الاستقرار إلـى أن وضـعت مجلـة الأحكام العدلية على أيدي لجنة من فحول الفقهاء في عهد السلطان الغازي عبدالعزيز خـان العثماني في أواخر القرن الثالث عشر الهجري ليعمل بها في المحاكم التي أنشئت فـي ذلـك العهد .

وكان من يقظة هؤلاء الفقهاء وذكائهم أنهم وضعوا القواعد الفقهية في صدر هذه المجلة بعد جمعها واستخلاصها من المصادر الفقهية ومن بعض المدونات التي سجلت فيها تلك القواعـد مثل الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ومجامع الحقائق للخادمي . ولابـد مـن الاعتـراف بـأن الواضعين للمجلة أحسنوا في انتقائها واختيارها ، ثم في تنسيقها تنسيقاً قانونيـاً رائعـاً فـي أوجز العبارات ، حتى اشتهر ذكر القواعد وشاع أمرها عن طريق المجلة ، وارتفعت مكانتهـا حيث شرحت مع شروح المجلة المشهورة ، واصبح لها صدى في كافـة المجـالات الفقهيـة والقانونية .

تلك هي مراحل تطور القواعد الفقهية ، ولابد من الإشارة إلى بعض الدراسات المعاصرة فـي مجال القواعد الفقهية .

فقد حققت طائفة من كتب التراث المتعلقة بذلك ورصدت القواعد الفقهية وأحصيت ورتبـت . كما خصصت قواعد معينة بالدراسة .

ومن الكتب التي حققت في القواعد الفقهية :

١- الأشباه والنظائر) للسبكي (ت٧٧١هـ) ، نشرته دار الكتب العلمية سنة (١٤١١) بتحقيق عادل عبدالموجود ، وعلي معوض .

٢- و (الأشباه والنظائر) لابن الوكيل (ت٧١٦هـ) نشرته مكتبة الرشد في الرياض سنة (١٤١٣هـ) بتحقيق أحمد العنقري وعادل الشويخ .

٣- و (القواعد) للحصني (٨٢٩) تحقيق عبدالرحمن الشعلان وجبريل البصيلي .

٤- و (المنثور في القواعد) للزركشي (٧٩٤) بتحقيق الدكتور تيسير فائق محمود ومراجعة الدكتور عبدالستار أبو غدة ، وقد نشرته وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت .

٥- و (القواعد) للمقري بتحقيق الدكتور أحمد بن عبدا بن حميد ، ونشر من قبل مركز إحياء التراث الاسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة .

٦- و (ايضاح المسالك) للونشريسي (٩١٤) بتحقيق أحمد الخطابي ، وطبع بالرباط سنة (١٤٠٠).

٧- و (مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي) لابن خطيب الدهشة (٨٣٤) وطبع في الموصل (١٩٨٤) بتحقيق د. مصطفى البنجويني .

٨- و (المجموع المذهب في قواعد المذهب) للعلائي (٧٦١) بتحقيق الدكتور محمد عبدالغفار الشريف ، ونشرته وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية سنة ١٤١٤ .

٩- و (شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب) لابن المنجور (٩٩٥) حققه الشيخ محمد بن الشيخ محمد الأمين ، ونشرته دار الشنقيطي .

ومن الدراسات المعاصرة : استخلاص القواعد الفقهية من كتب الفقه

ومن تلك المؤلفات :

١- "قواعد الفقه المالكي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف" للقاضي عبدالوهاب (ت ٤٢٢) استخلص تلك القواعد الدكتور محمد الروكي ، ونشر حديثاً في دار القلم بدمشق سنة (١٤١٩هـ) .

٢- "القواعد الفقهية في بابي العبادات والمعاملات من خلال كتاب المغني" لابن قدامة (ت ٦٢٠) استخلصها الدكتور عبدا العيسى ، وحصل بذلك على شهادة الدكتوراه من جامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية سنة ١٤٠٩هـ .

٣- "القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير" للحصيري (٦٣٦) للدكتور علي أحمد الندوي . وطبع في مطبعة المدني سنة ١٤١١هـ .

٤- "القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية" في كتابي الطهارة والصلاة ، للدكتور ناصر الميمان ، طبع في مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى ١٤١٦هـ .

ومن أبرز الدراسات المعاصرة : رصد القواعد الفقهية وإحصاؤها وترتيبها

ومن المؤلفات التي صدرت في هذا الجانب :

١ - "قواعد الفقه" للشيخ محمد عميم الإحسان المجددي البركتي من علماء بنغلاديش جمع ٤٢٦ قاعدة رتبها على الأحرف الهجائية ، وطبع بكراتشي (١٤٠٧) .

٢ - "موسوعة القواعد الفقهية" للدكتور صدقي البورنو - حفظه ا - وهو مشروع مهم ، أصدر منه مايتعلق بحرف الهمزة والباء والتاء والثـاء ، وكـان ماجمعـه (٦٦٦) قاعدة ، وقد طبع عمله في أربعة مجلدات كبار سنة ١٤١٩هـ .

٣ - "جمهرة القواعد الفقهية" للدكتور علي الندوي . لم أطلع عليه .

ومن الدراسات المعاصرة : تخصيص قواعد معينة بالدراسة .

ومن أمثلة ذلك :

١ - قاعدة "الأمور بمقاصدها" للدكتور يعقوب الباحسين ، صدر عن مكتبة الرشـد سـنة ١٤١٨ وهو دراسة نظرية تأصيلية .

٢ - قاعدة " المشقة تجلب التيسير" للدكتور جمعة السيد مكي ، حصل به على شهادة الـدكتوراه من الأزهر ، لم يتيسر لي الاطلاع عليه .

٣ - "القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله" للشيخ مصطفى هرموش، طبع سنة ١٤٠٦

٤ - "قاعدة : اليقين لايزول بالشك" دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية للدكتور يعقـوب الباحـسين ، طبع سنة ١٤١٦ بالرياض .

ومن أهم الدراسات النظرية والتاريخية لعلم القواعد :

١ - "القواعد الفقهية : نشأتها - دراسة مؤلفاتها - أدلتهـا - مهمتهـا - تطبيقاتهـا " ، للدكتور علي أحمد الندوي . حصل به على درجة الماجستير من جامعة أم القرى ، ونـشرته دار القلم بدمشق سنة ١٤٠٦ في ٤٩٦ صفحة . وصدرت الطبعة الرابعة مزيدة منقحة سنة ١٤١٨ في ٥٦٧ صفحة . وهذا الكتاب من أعظم الكتب المؤلفة في هذا المجال وتوسع فـي الجانب النظري ، وبحث مواضيع لم يسبق إليها. وبذل فيه جهداً كبيراً جزاه ا كل خير .

٢- "القواعد الفقهية : المبادىء - المقومات - المصادر - الدليلية - التطور " دراسـة نظريـة تحليلية تأصيلية تاريخية للدكتور يعقوب الباحسين ، صدرت الطبعة الأولى سنة ١٤١٨ في مكتبـة الرشد بالرياض في ٤٧٩ صفحة ، وهو من الدراسات العميقة الرائعة .

٣- "الوجيز في إيضاح القواعد الكلية " للدكتور محمد صدقي البورنو صدرت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤ عن مؤسسة الرسالة وعدد صفحاته (٤٠٣) وغرض مؤلفه أن يكون كتابه مرجعـاً لطلبة كلية الشريعة في موضوع القواعد من جانبها النظري والتطبيقي ، وهو كتـاب نـافع يؤدي الغرض المطلوب منه .

٤- "القواعد الكبرى في الفقه الاسلامي" للدكتور عبدا العجلان ، طبع في الرياض سنة ١٤١٦ في (١٥١) صفحة ، تناول الجانب التاريخي والنظري ودرس القواعد الخمس مضيفاً إليهـا قاعدة : إعمال الكلام أولى إهماله" .

المبحث الثاني : أهم مؤلفات الفقهاء في القواعد الفقهية

إن محاولة استعراض جميع ما أُلف في هذا الموضوع ، ودراسة المؤلفات ومناهج مؤلفيها دراسة مفصلة يحتاج إلى رسائل علمية ودراسات موسعة ، وسأكتفي في هذا المبحث بإلقاء بعض الأضواء على تلك الكتب والتعريف بها بإيجاز شديد :

المطلب الأول : مصادر القواعد الفقهية في المذهب الحنفي

١- أصول الكرخي (٢٦١-٣٤٠هـ) تعد رسالة الكرخي أول المصادر في هذا العلم . وقد شرح هذه الأصول الإمام نجم الدين النسفي (٥٣٧هـ) . وطريقة الكرخي في هذه الرسالة أن يبدأ كل قاعدة بعنوان (الأصل) وقد بلغت ستاً وثلاثين قاعدة (أصلاً)

٢- تأسيس النظر ، لأبي زيد الدبوسي (٤٣٠هـ) وقد اشتمل الكتاب على ٨٦ قاعدة . ومعظم هذه القواعد مذهبية ، ورتب المؤلف كتابه على ثمانية أقسام تناولت الاختلاف بين الأئمة (الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه) ، (الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد) ، (الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف) .

ويعد عمل الدبوسي عملاً مبتكراً ، فقد أورد القواعد بصيغة موجزة ، وألحق المسائل المتفرقة في أبواب الفقه إلى الأصل الذي تفرعت عنه .

٣- الأشباه والنظائر ، للعلامة زين الدين إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (٩٧٠هـ) وكتابه من أشهر الكتب في القواعد الفقهية ، وضعه على طريقة السبكي في (الأشباه والنظائر) وبلغ عدد القواعد الفقهية أربعاً وعشرين قاعدة .

وصنفها في نوعين :

١- قواعد أساسية وهي القواعد الخمسة الكبرى .

٢- قواعد فرعية وهي تسع عشرة قاعدة ، مثل : تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة. وإذا اجتمع الحلال والحرام غُلب الحرام .

وقـد قـام علماء المذهب الحنفي بخدمة هذا الكتاب بالشروح والتعليقات والترتيب ، ومن أهم تلك الشروح :

أ - " تنوير البصائر على الأشباه والنظائر" لشرف الدين الغزي (١٠٠٥هـ) . ولا يزال مخطوطاً .

ب - " غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر" للعلامة أحمد بـن محمـد الحمـوي (١٠٩٨هـ) والكتاب مطبوع ، وهو من أدق الشروح .

ج - عمدة ذوي البصائر لحل الأشباه والنظائر ، لابن بيـري (ت١٠٩٩هـ ـ) والكتـاب لايزال مخطوطاً .

د - عمدة الناظر على الأشباه والنظائر ، للعلامة محمد بن علـي الحـسيني المـصري (١١٧٢هـ) وهو شرح واسع يقع في ثلاث مجلدات وهـو مـن أعظـم الـشروح وأوسعها ، وقد استفاد من الشروح السابقة للأشباه كشرح الغـزي ، والحمـوي ، وابن بيري ، وكتابه لايزال مخطوطاً .

هـ - ترتيب الأشباه والنظائر في أبواب الفقه ، للشيخ أحمـد الاسـكندراني الحنفـي ، ط الاسنكدرية .

٤ - خاتمة مجامع الحقائق ، للعلامة محمد بن مصطفى الخادمي (١١٧٦هـ ـ) وكتابـه طبـع بمصر في المطبعة العامرة سنة ١٢٨٨ هـ .

وقد أورد في خاتمة كتابه (مجامع الحقائق) مجموعة من القواعد الفقهية ورتبهـا علـى حروف المعجم ، وبلغت (١٥٤) قاعدة .

٥ - قواعد مجلة الأحكام العدلية : تأليف نخبة من علماء الدولة العثمانية في عهـد الـسلطان عبدالعزيز خان العثماني ، والمجلة تعد موسوعة فقهية فـي أحكـام المعـاملات صـيغت أحكامها في مواد بلغت (١٨٥١) مادة تقع في ١٦ كتاباً . وصدرت بمجموعة من القواعـد الفقهية بلغ عددها ٩٩ قاعدة سردت سرداً غير مرتب ، ومعظم هذه القواعد تتفق عليهـا جميع المذاهب الفقهية ، وقد قام بتصنيف قواعد المجلة وترتيبها ترتيباً موضوعياً رائعـاً العلامة الشيخ مصطفى الزرقا في الجزء الثاني من كتابه القيم النافع (المدخل الفقهي العام) .

وقد قام عدد من المؤلفين بشرح قواعد المجلة ، ومن تلك الشروح :

أ - مرآة مجلة الأحكام العدلية ، للمفتي سعود أفندي التركي، وقد طبع بتركيا سنة ١٢٩٩ هـ

ب - شرح سليم رستم باز اللبناني النصراني .

ج - درر الحكام شرح مجلة الأحكام للعلامة علي حيدر عربه عن التركية الأستاذ فهمي الحسيني .

د - شرح المجلة - للعلامة خالد الأتاسي الحمصي (١٣٢٦هـ) ووصل في شرحه إلى المادة (١٧٠٠) من المجلة ، وأكمل شرحه نجله العلامة محمد طاهر الأتاسي (١٣٥٩هـ) .

هـ_ شرح المجلة للعلامة محمد سعيد المحاسني (١٣٧٤هـ) وقد طبع في دمشق سنة ١٣٤٦ هـ - ١٩٢٧ م .

ومن أعظم شروح قواعد المجلة : شرح العلامة أحمد الزرقا الحلبي (١٣٥٧هـ). وقد حققه الدكتور عبدالستار أبو غدة ، وطبع مرتين (دار الغرب الإسلامي ، ودار القلم بدمشق) وفي أوله مقدمتين نفيستين : أولاهما لنجل المؤلف الشيخ مصطفى الزرقا ، والثانية للعلامة الشيخ عبدالفتاح أبو غدة رحمه ا تعالى .

٦- الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية ، للعلامة محمود حمزة الحسيني (١٣٠٥هـ) مفتي دمشق ، وبلغ عدد القواعد الفقهية فيه قرابة (٣٠) قاعدة التقطها من مواضع نادرة ومواطن خفية في مصادر الفقه الحنفي . (١)

---

(١) القواعد الفقهية للندوي ص١٦٢-١٨٦ ، باختصار وتصرف وزيادة .

المطلب الثاني : مصادر القواعد الفقهية في المذهب المالكي

١- أصول الفتيا ، للإمام محمد بن الحارث بن أسد الخشني (٣٦١هـ) يحتوي علـى قواعـد جامعة لمسائل الفقه ، وقد طبع الكتاب سنة 1985 بتحقيق وتعليق الدكتور محمـد أبـو الأجفان والدكتور عثمان بطيخ .

٢- الفروق ، لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المصري الشهير بالقرافي (٦٨٤هـ ـ) وهذا الكتاب من أروع ما أنتجه الفقه الإسلامي ، امتاز ببيان الفروق بين القواعـد ، وقـد استخلصه من كتابه الكبير "الذخيرة" وفصل ما أجمله فيه من القواعد والضوابط .

٣- القواعد : للعلامة محمد بن محمد المقّري المالكي (٧٥٨هـ) وهو من أوسع كتب القواعد عند المالكية ، ومعظم القواعد الواردة فيه قواعد مذهبية .

٤- ايضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، للعلامة أحمد بن يحيى الونشريسي (٩١٤هـ ـ) ، وقد طبع الكتاب بالمغرب سنة (١٤٠٠هـ) بتحقيق أحمد بو طاهر الخطابي.
يتضمن الكتاب (١١٨) قاعدة ، وقد أتبع كل قاعدة بما يناسبها من الفروع الفقهيـة. وقـد نظم هذه القواعد ابن المؤلف العلامة أبو مالك الونشريسي (٩٥٥هـ) .

المطلب الثالث : مصادر القواعد الفقهية في المذهب الشافعي

١- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، لسلطان العلماء الإمام عز الدين بن عبدالسلام (٦٦٠هـ) . وموضوع الكتاب يدور حول القاعدة الشرعية الأساسية : "جلب المصالح ودرء المفاسد" والقواعد الفقهية الموجودة في كتابه مردها إلى تلك القاعدة العامة . والكتاب نادر في بابه ، لم يؤلف على منواله .

٢- الأشباه والنظائر ، لابن الوكيل الشافعي (٧١٦هـ) وهو أول مؤلف في موضوعه باسم الأشباه والنظائر فيما يتصل بالقواعد الفقهية ، ويعد كتابه رائداً في مجاله ، تابعه عليه كبار الأئمة مثل : السبكي والزركشي وابن الملقن .

٣- المجموع المذْهب في قواعد المذهب : للحافظ خليل بن كيكلدي العلائي (٦٧١هـ) وكتابه من أنفس الكتب التي ألفت في القرن الثامن ، وقد أسهب في شرح القواعد الخمس الأساسية ، ورد إليها جميع مسائل الفقه ، ويعد الكتاب من أهم الكتب في تخريج الفروع على الأصول .

٤- الأشباه والنظائر ، لتاج الدين ابن السبكي (٧٧١هـ) ، وقد بدأ الكتاب بذكر القواعد الأساسية الخمسة ، ثم ذكر القواعد الفقهية العامة ، والقواعد الخاصة ، وأفاض في شرح القواعد الأصولية ، وختم كتابه بخاتمة تشتمل على زوائد مهمات وأمور منبهات ، والكتاب من أنفس المصادر وأجمع الكتب في الجمع بين القواعد الفقهية والأصولية .

٥- المنثور في ترتيب القواعد الفقهية ، للإمام الزركشي (٧٩٤هـ) . جمع فيه فروع المذهب الشافعي وقواعده وضوابطه الفقهية وهو أجمع كتاب وصل الينا من جهود السابقين في هذا المضمار ، وقد حققه الدكتور تيسير فائق محمود وهو في أطروحته بجامعة الأزهر سنة ١٩٧٧م ، وراجعه الدكتور عبدالستار أبو غدة .

٦- الأشباه والنظائر ، لابن الملقن عمر بن علي الأنصاري الشافعي (٨٠٤هـ) ، وهو كتاب حافل ، استفاد فيه من كتاب السبكي ، وقد رتب فيه القواعد على الأبواب الفقهية ، وربط الفروع بأصولها ، وذكر ضوابط مهمة تحت أبواب مختلفة .

٧- القواعد ، للعلامة أبي بكر بن محمد الحصني (٨٢٩هـ) استفاد فيه من كتاب العلائي، وذكر القواعد الفقهية الأساسية وشرحها شرحاً وافياً وفي الكتاب قواعد أصولية ومسائل فقهية .

٨- الأشباه والنظائر ، للسيوطي (٩١١هـ) وهو من أروع المؤلفات في القواعد الفقهية، وأحسنها ترتيباً وتنسيقاً ، استخلص مافي كتب السابقين كالسبكي والعلائي والزركشي ، ورتبه على سبعة كتب :

الأول : في شرح القواعد الخمس .

الثاني : في قواعد كلية وهي (٤٠) قاعدة .

الثالث : في القواعد المختلف فيها .

الرابع : في أحكام يكثر دورانها ويقبح بالفقيه جهلها .

الخامس : في نظائر الأبواب التي هي من باب واحد .

السادس : فيما افترقت فيه الأبواب المتشابهة .

السابع : في نظائر شتى .

٩- الاستغناء في الفرق والاستثناء ، للعلامة محمد بن أبي بكر بن سليمان البكري ، وهو كتاب حافل في القواعد والضوابط الفقهية ، وقد درسه وحقق قسم العبادات منه الدكتور سعود الثبيتي ، ثم طبعته دار الكتب العلمية سنة ١٤١١ .

وقد رتبه المؤلف على الأبواب الفقهية ، وذكر القواعد والمستثنيات .

المطلب الرابع : مصادر القواعد الفقهية في المذهب الحنبلي

١- القواعد النورانية الفقهية ، للإمام ابن تيمية (٧٢٨هـ) رتب كتابـه علـى الموضـوعات الفقهية ، وذكر في كل موضوع القواعد والضوابط التي تحكمها ، وما يتفرع عنهـا مـن فروع فقهية ، وله في (الفتاوى) مجموعة من القواعد المتناثرة قام بجمعها بعـض طلبـة الدراسات العليا .

٢- القواعد الفقهية : لابن قاضي الجبل ، أحمد بن الحسن المندسي (٧٧١هـ) ، ذكر فيه بعض القواعد بأسلوب السؤال والجواب ، واعتمد فيه على "المحرر في الفقه" و "المـسودة فـي أصول الفقه" .

٣- تقرير القواعد وتحرير الفوائد ، لابن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ) ويعد الكتاب من أعظم كتب القواعد في الفقه الحنبلي ، وبنى المؤلف مباحث الكتاب على (١٦٠) قاعـدة ، وأتبعهـا بفصل يحتوي على فوائد تلحق بالقواعد في مسائل مشهورة ، ومجموعها (٢١) فائـدة . وفي الكتاب ضوابط مهمة وفوائد كثيرة .

٤- القواعد الكلية والضوابط الفقهية : لابن عبدالهادي يوسف بن حسن (٩٠٩هـ ـ) الـشهير بابن المبرد ، والكتاب مخطوط ، كما تعرض المؤلف لكثير من القواعد في خاتمـة كتـاب (مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام) .

٥- قواعد مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، للقاضي أحمد بن عبـدا القاري الحنفي (١٣٥٩هـ) وهذه المجلة على نمط مجلة الأحكام العدليه ، وهي في فقـه المعاملات على المذهب الحنفي في صورة مواد ، قام على إخراجها وتحقيقها مع الـضبط والتحرير الأستاذان الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان ، والدكتور محمد إبراهيم أحمد علي . وقد تضمنت مجموعة من القواعد الفقهية استخلصها من كتاب ابن رجـب وبلـغ عـددها (١٦٠) قاعدة تحت عنوان مادة .

المبحث الثالث : مناهج المؤلفين في القواعد الفقهية

لم يستقر التأليف في القواعد الفقهية على منهج واحد بين المؤلفين في هذا العلم ، لأن التأليف فيه يختلف من مؤلف لآخر ، وسأتناول هنا منهجهم في ذكر القواعد الفقهية وشرحها ونمط ترتيبها وماورد في هذه المؤلفات من قواعد فقهية اختلط بها غيرها من قواعد أصوليه وفقهية ، ومباحث عقدية .

ويمكن تقسيمها إلى المناهج التالية :

أولاً : الترتيب الهجائي : هذا المنهج يعتمد على ترتيب القواعد حسب الحروف الهجائية المعروفة بحسب الحرف الأول منها فقاعدة "الأمور بمقاصدها" توضع في حرف الألف وهكذا دون النظر إلى موضوع القاعدة ، وما ينتج عنها من مسائل ، وقد سار على هذا المنهج الإمام بدر الدين الزركشي في كتابه : "المنثور في القواعد" .

قال الزركشي (١) : "ورتبتها على حروف المعجم ، ليسهل تناول طرازها المعلم" .

ومن أجمع الكتب المعاصرة "موسوعة القواعد الفقهية" جمع وترتيب وبيان الدكتور الشيخ محمد صدقي البورنو ، وقد انتهى من حرف الثاء في المجلد الرابع .

ثانياً : الترتيب الموضوعي : وهذا المنهج يعتمد على مقدار مايندرج تحت القاعدة من مسائل وفروع مع مراعاة خلاف العلماء واتفاقهم فيها ، وبناء عليه قسموا القواعد إلى أقسام ثلاثة :

١- قواعد كلية : يرجع اليها أغلب مسائل الفقه ، وهي القواعد الست .

٢- قواعد كلية : يرجع اليها بعض مسائل الفقه ، كقاعدة "الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد".

٣- قواعد خلافية : وهي المختلف فيها وترتب على ذلك خلاف فيما يدخل تحتها من مسائل كقاعدة النذر : "النذر هل يسلك به مسلك الواجب أو الجائز ؟" ، وعلى هذا سار كل من تاج الدين السبكي وجلال الدين السيوطي وغيرهم .

ثالثاً : الترتيب الفقهي : وهو ترتيب القواعد حسب الأبواب الفقهية "الطهارة ، الصلاة ، الزكاة" وعلى هذا المنهج سار الشيخ عظوم في "المسند المذهب في ضبط قواعد المذهب" وغيره .

١- المنثور في القواعد - الزركشي - ٦٧/١

رابعاً : جمع القواعد دون ترتيب : وهذا المنهج لا يراعي ترتيباً معيناً ، وإنمـا يعمـد إلـى ترقيمها ترقيما تسلسلياً .

وعلى هذا المنهج سار ابن رجب في قواعده ، والونشريسي في كتابه "ايضاح المـسالك إلـى قواعد الإمام مالك" ، وابن عبدالهادي في مغني ذوي الأفهام .

مناهجهم في تناول القواعد الفقهية مع غيرها :

اختلفت مناهج المؤلفين في مضمون كتب القواعد الفقهية ، ويمكن تقسيم مناهجهم في ذلـك على النحو التالي :

أ - دمج القواعد الفقهية مع القواعد الأصولية ، وهذه الظاهرة برزت لدى مؤلفي القواعـد الفقهية منذ بدايتها ، وذلك كصنيع الإمام العلائي في مؤلفه "مختصر قواعد العلائـي" إذ جعل القواعد الأصولية هي الأكثر بالنسبة لما أورده من قواعد فقهية ، وكمثال على ذلك أورد في كتاب الحج ثماني قواعد أصولية ، ولم يذكر سوى قاعدة فقهية واحدة .

ب - دمج القواعد الفقهية مع موضوعات فقهية أخرى ، وأصحاب هذا المنهج أدخلـوا مـع القواعد الفقهية مباحث فقهية أو عقائدية ، فالإمام الزركشي أورد في المنثـور أبوابـاً فقهية مستقلة كأحكام الفسخ ، وأحكام النية ، وجلـسات الـصلاة ، وأحكـام الـدين ، وتقسيمه إلى حال ومؤجل ، والإمام القرافي ضمن كتابه قاعدة "الغيبة والنميمة" وقاعدة "الحسد والغبطة" وقاعدة "الطيرة والفأل" .

وقد عقب الإمام السبكي على اختلافات مناهج المؤلفين في القواعد الفقهية غير مستنكر عليهم اختلاف مناهجهم في حد ذاته ، وإنما الذي استنكره إدخال ما ليس من القواعد الفقهية في هذه القواعد فقال :

"وراء هذه القواعد ضوابط يذكرها الفقهاء وليست عندنا من القواعد الكلية ، بل من الضوابط الجزئية الموضوعة لتدريب المبتدئين لا لخوض المجتهدين ، ولتمرين الطـالبين لا لتحقيـق الراسخين ... وهي مثل قولنا : العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى .

وعندي أن إدخالها في القواعد خروج عن التحقيق ، ولو فتح الكاتب بابها لاستوعب الفقه وكرره وردده وجاء به على غير الغالب المعهود والترتيب المقصود . . ومن الناس من يدخل في القواعد تقاسيم تقع في الفروع بذكرها المآخذ والعلل التي يشترك فيها طلبا لجمع المشتركات في قدر مشترك ، وليس ذلك أيضا من القواعد في شيء .

ومنهم من يعقد فصلاً في أحكام الأعمى ، وآخر لأحكام الآخرس ، وآخر لأحكام المبعض ، وهذا أيضا ليس من القواعد في شىء .

وأغراض الناس تختلف ، ولكل مقصده ، ولسنا ننكر على أحد مقصده ، وإنما ننكر إدخال شيء في شيء لا يليق به ، ويكبر حجم الكتب بما لاحاجة اليه " . (١)

١- الأشباه والنظائر - السبكي -٩٠٢/٣ - ٩٠٩ .

المبحث الرابع : أقسام القواعد الفقهية

تنقسم القواعد الفقهية بحسب مواضيعها إلى قسمين هما :

القسم الأول : قواعد معتبرة في كل المذاهب .

وهي القواعد التي تم الاتفاق عليها بين علماء المذاهب المختلفة أو بين علماء المذهب الواحد وذلك مثل :

١- الأمور بمقاصدها .

٢- المشقة تجلب التيسير .

٣- العادة محكمة .

٤- الضرر يزال .

٥- اليقين لايزول بالشك .

فهذه القواعد معتبرة لدى العلماء في كل المذاهب ، والخلاف بينهم ينصب على بعض ما يندرج تحتها من مسائل فرعية أما أصلها فلا خلاف فيه .

ومن الفقهاء من حصر اهتمامه في هذا النوع دون غيره كأبي سعيد الخادمي في "مجامع الحقائق" ، وابن عبدالهادي في "مغنى ذوي الأفهام" .

القسم الثاني : قواعد مختلف فيها :

وهي القواعد الواردة بصيغة الاستفهام مما يوحي بالخلاف فيها اختلاف فيما يندرج تحتها من مسائل فرعية ومن أمثلة ذلك القواعد الآتية :

١- النادر هل يلحق بجنسه أو بنفسه ؟

٢- هل العبرة بالحال أو بالمآل ؟

٣- هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها ؟

وهذا القسم موجود في كتب الفقه بكثرة ، ويدور على ألسنة الفقهاء عند تعرضهم لأسباب الخلاف في المسائل كابن رشد في "البداية" ، وابن الحاجب في "المختصر" . ومن الفقهاء من حصر اهتمامه فيها ولم يتناول غيرها .

ويتبين من هذا كله :

أولاً : هذه القواعد التي لاتثير خلافاً أو القواعد التي تثير خلافا تستوعب كثيراً من المسائل والفروع الجزئية تشمل جل أبواب الفقه ، فمثلاً قاعدة : "لا ثواب إلا بالنية" لاتصلح أن تكون قاعدة كبرى منفصلة ، بل هي مندرجة تحت قاعدة "الأمور بمقاصدها" وهي تمثل جانبا من جوانبها المختلفة هو الجانب المتعلق "بالإخلاص في العمل والعبادة" ، وهذه القواعد مع ذلك لم يختلف على إحداها مذهب من المذاهب الفقهية أو أئمة المسلمين ، بل اتفق الجميع على اعتبارها ، والاعتداد بها ، والعمل بموجبها ، والاستدلال بها على الأحكام .

ثانياً : كما عرفنا أن هناك قواعد كبرى تصلح لأن تتولد عنها قواعد أقل شمولاً منها ، فإن هناك قواعد ذات مجال ضيق من حيث اشتمالها على الفروع الفقهية فمجالها التطبيقي بعض الفروع الفقهية من باب واحد من أبواب الفقه أو هي مختصة بنوع من الأحكام الفرعية لا يعمم إلا في مجاله فقط (١) .

قال الإمام السبكي : (من القواعد ما لا يختص بباب كقولنا : "اليقين لايرفع بالشك" ، ومنها مايختص بباب كقولنا : "كل كفارة سببها معصية فهي على الفور" ...) (٢)

ثالثاً : هناك قواعد تختص بمذهب أو إمام دون آخر مع شمولها الكثير من الفروع المختلفة مثل قاعدة : "إن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله" ، وهذه القاعدة عند أبي حنيفة وأحمد ، وخالف مالك فيها الشافعي وأبا يوسف ومحمداً تلميذا أبي حنيفة - رحمهم الله تعالى .

١- الوجيز - للدكتور البورنو - ص ٢٤

٢- الأشباه والنظائر - السبكي - ص١٢

الباب الثاني

في القواعد الفقهية

الفصل الأول : القواعد الفقهية الكبرى

الفصل الثاني : القواعد الفقهية الكلية الأخرى

الفصل الأول

في القواعد الفقهية الكبرى

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : القاعدة الأولى " الأمور بمقاصدها " .

المبحث الثاني : القاعدة الثانية " اليقين لايزول بالشك " .

المبحث الثالث : القاعدة الثالثة " المشقة تجلب التيسير ".

المبحث الرابع : القاعدة الرابعة "الضرر يزال " .

المبحث الخامس : القاعدة الخامسة "العادة محكمة " .

الباب الثاني

الفصل الأول : في القواعد الفقهية الكبرى

المبحث الأول : القاعدة الأولى : الأمور بمقاصدها

أ - المراد بالأمور .

ب - المراد بالمقاصد

ج - معنى النيات .

د - معنى القاعدة .

هـ - أهمية القاعدة .

و - أمثلة القاعدة .

ز - من فروع هذه القاعدة :

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

المبحث الثاني : القاعدة الثانية : اليقين لايزول بالشك

أ - المراد باليقين .

ب - المراد بالشك .

ج - معنى القاعدة .

د - أصل القاعدة .

هـ - من فروع القاعدة :

أولاً : الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته .

ثانياً : الأصل في الصفات العارضة العدم .

ثالثاً : الأصل براءة الذمة .

رابعاً : الأصل بقاء ما كان على ما كان .

خامساً : الأصل في الأفعال العدم .

سادساً : لا عبرة بالتوهم .

سابعاً : لا ينسب إلى ساكت قول .

و - القواعد المرادفة لهذه القاعدة :

١- ماثبت بيقين لايرفع إلا بيقين .

٢- لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح .

٣- لا مساغ للاجتهاد في مورد النص .

٤- القياس لا يصار إليه مع النص .

٥- ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضعه لايكون كناية في غيره

٦- الميسور لا يسقط بالمعسور .

خاتمة : حسن العمل بالظنون الشرعية .

المبحث الثالث : القاعدة الثالثة : المشقة تجلب التيسير

أ - معنى القاعدة

- المطلب الأول : أدلة القاعدة
- المطلب الثاني : أنواع المشقة :
- الأول : المشقة المعتادة .
- الثاني : المشقة غير المعتادة .
- المطلب الثالث : ضوابط المشقة غير المعتادة .
- المطلب الرابع : مواضع اليسر في الأحكام الشرعية .
- المطلب الخامس : أنواع التيسير
  - حكم القيام بالفعل مع المشقة .
  - صحة الفعل مع المشقة المحتملة .
  - حكم العمل بالعزيمة دون الرخصة والتخفيف .
  - تعاطي سبب الرخصة بقصد الترخص .
  - ضابط الفعل الشاق .
  - هل الأجر على قدر المشقة .
  - المشاق ضربان .
- المطلب السادس : القواعد الفرعية المندرجة تحتها .

الأولى : الأمر إذا ضاق اتسع .

الثانية : الضرورات تبيح المحظورات .

الثالثة : ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها .

الرابعة : ماجاز لعذر بطل بزواله .

الخامسة : الحاجة تنزل منزلة الضرورة .

السادسة : الاضطرار لايبطل حق الغير .

السابعة : الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

الثامنة : إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل .

التاسعة : الميسور لايسقط بالمعسور .

العاشرة : ما لايمكن التحرز عنه يكون عفواً .

الحادية عشرة : المجهول في الشريعة كالمعدوم والمعجوز عنه .

الثانية عشرة : للأكثر حكم الكل .

الثالثة عشرة : الرخص لا تناط بالمعاصي .

المبحث الرابع : القاعدة الرابعة : الضرر يزال

أ - إيضاح القاعدة

ب - أهمية القاعدة .

ج - الأصل في القاعدة .

د - إلحاق الضرر بغير حق .

هـ - المراد بنفي الضرر .

و - أمثلة القاعدة .

ز - من فروع القاعدة :

أولاً : اختيار أخف الضررين .

ثانياً : درء المفاسد مقدم على جلب المصالح .

ثالثاً : الضرر لا يزال بمثله .

رابعاً : الضرر يزال بقدر الإمكان .

خامساً : يتحمل الضرر لدفع الضرر العام .

سادساً : الضرر لا يكون قديماً .

المبحث الخامس : القاعدة الخامسة : العادة محكّمة

أ - تعريف العادة والعرف في اللغة والفقه .

ب - الفرق بين العادة والعرف .

ج - من فروع القاعدة :

أولاً : استعمال الناس حجة يجب العمل بها .

ثانياً : تعامل الناس من غير نكير منكر أصل من الأصول كبير .

ثالثاً : الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان .

رابعاً : الأصل أن البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان .

خامساً : تعتبر العادات إذا اطردت أو غلبت .

سادساً : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

سابعاً : التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص .

ثامناً : المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

تاسعاً : ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم .

عاشراً : البناء على العرف إذا لم يضطرب ، فإن اضطرب فالرجوع اللى اللغة .

حادي عشر : يعتبر العرف إذا لم يوجد التصريح .

ثاني عشر : التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

ثالث عشر : الممتنع عادة كالممتنع حقيقة .

رابع عشر : الحقيقة تترك بدلالة العادة .

خامس عشر : الاعتبار في القدرات الشرعية بما ثبت مقدراً في الشرع وما جهل أمره فالاعتبار فيه بالعرف .

سادس عشر : المعتبر في جميع الأشياء العرف .

سابع عشر : التخصيص بالعرف الشرعي .

ثامن عشر : تخصيص العموم بالعرف والعادة والشرع والسبب الخاص .

تاسع عشر : لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان .

الفصل الثاني : في القواعد الفقهية الكلية الأخرى

أولاً : قواعد إعمال الكلام وإهماله :

١- إعمال الكلام أولى من إهماله .

٢- إذا تعذر إعمال الكلام يهمل .

٣- لا ينسب لساكت قول .

٤- السؤال معاد في الجواب .

٥- الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر .

ثانياً : قواعد المانع والمقتضي :

١- إذا زال المانع عاد الممنوع .

٢- ما جاز لعذر بطل بزواله .

٣- إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع .

ثالثاً : قواعد تغليب الحرام :

١- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام .

٢- ما حرم أخذه حرم إعطاؤه .

٣- ما حرم استعماله حرم اتخاذه .

٤- ما حرم فعله حرم طلبه .

رابعاً : قواعد التوابع :

١- التابع تابع .

٢- التابع لايفرد بالحكم .

٣- من ملك شيئاً ملك ماهو من ضرورياته .

٤- يغتفر في التابع ما لايغتفر في المتبوع .

٥- التابع لايتقدم على المتبوع .

٦- إذا سقط التابع سقط المتبوع .

٧- ذكر بعض ما لايتجزأ كذكر كله .

٨- يثبت تبعاً ما لايثبت استقلالاً .

خامساً : قواعد الأصل والفرع :

١- إذا سقط الأصل سقط الفرع .

٢- إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .

٣- الساقط لايعود كما أن المعدوم لايعود .

٤- قد يثبت الفرع دون الأصل .

سادساً : قواعد الأصل والبدل :

١- إذا بطل الأصل يصار إلى البدل .

٢- إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز .

٣- الكتاب كالخطاب .

٤- الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان .

٥- تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات .

٦- الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر .

٧- ما قارب الشيء أعطي حكمه .

سابعاً : قواعد البقاء والابتداء :

١ - البقاء أسهل من الابتداء .

٢- يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء .

٣- المنع أسهل من الرفع .

ثامناً : قواعد الشروط :

١ - المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط .

٢- يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان .

٣- المواعيد بصورة التعاليق لازمة .

٤ - الشيء إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه .

تاسعاً : قواعد التصرف والملك :

١ - لايجوز لأحد أن يتصدق في ملك غيره بدون إذنه .

٢- الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل .

٣- لايجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي .

٤ - من سبق إلى مباح فقد ملكه .

عاشراً : قواعد الخراج بالضمان :

١ - الخراج بالضمان .

٢- الغرم بالغنم .

٣- النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة .

٤ - الأجر والضمان لايجتمعان .

٥ - الجواز الشرعي ينافي الضمان .

٦- الأصل في الضمان أن يضمن المثلي بمثله والمتقوم بقيمته .

حادي عشر : قواعد الإباحة :

١ - الأصل في الأشياء الإباحة .

٢- الأصل في الأبضاع التحريم .

ثاني عشر : قواعد متفرقة :

١ - لايتم التبرع إلا بالقبض .

٢- المشغول لايشغل .

٣- من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه .

٤ - التأسيس أولى من التأكيد .

المبحث الأول: القاعدة الأولى "الأمور بمقاصدها"

وتشمل مايلي :

أ - المراد بالأمور .

ب - المراد بالمقاصد .

ج - بعض المصطلحات ذات الصلة .

د - معنى هذه القاعدة .

هـ - أهمية هذه القاعدة .

و - أمثلة هذه القاعدة .

ز - من فروع هذه القاعدة .

أ – المراد بالأمور :

جمع أمر ، وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها ، ومنه قوله تعالى :﴿وإليه يرجع الأمر كلـه﴾ [هود ١٣٢] ﴿قل إن الأمر كله ﴾ [آل عمران ١٥٤]

فالمراد بالأمور في القاعدة : معناها الواسع الذي لايقتصر على الأفعال ، بل يشمل الأقوال كما يشمل الاعتقادات .

والقول بأن الأمور بمقاصدها على تقدير مضاف أي : أحكام الأمور بمقاصدها لأن علـم الفقـه يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها .

ب – والمراد بالمقاصد :

جمع مقصد من القصد ، ومعناه : الاعتزام ، والتوجه والاعتماد ، وإتيان الشيء ، والقصد يأتي بمعنى النية ، وهو المعنى المراد هنا . ولكي تكون المقاصد محمودة ومقبولة يجـب أن تكـون موافقة لمقاصد الشرع .

ج – بعض المصطلحات ذات الصلة :

١- النية في الاصطلاح :

أما النية في الاصطلاح : فقد ذكرت لها تعريفات كثيرة، تختلـف فيمـا بينهـا فـي التعمـيم والتخصيص، وأحياناً في مجالات أُخر . .

وأغلب الكلمات المستعملة في التعريفات . هي الإرادة والعزم والقصد .

٢- معنى الإرادة :

الإرادة ، في اللغة ، الطلب والاختيار والمشيئة . (١)

٣- معنى العزم :

العزم على الأمر ، في اللغة ، إرادة فعله ، مع القطع عليه . (٢)

والإرادة والعزم والقصد كلمات يختلف معنى بعضها عن بعض ، وإن كانت ترتبط فيمـا بينهـا بمعنى جامع ، هو معنى الجنس ، فاختلافها كاختلاف أفراد الجنس فيما بينها ، كالحيوان وسائر الأنواع المندرجة فيه ، وينظر للتوسع في هذا الموضع كتاب "الأمنية فى إدراك النيـة" للإمـام القرافي.

د – معنى هذه القاعدة :

إن أعمال المكلفين وتصرفاتهم القولية والفعلية تختلف آثارها وأحكامهـا الـشرعية بـاختلاف مرادهم منها ، أو أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون موافقا ومطابقا لما هو المقصود من ذلك الأمر ، فالقصد هو الذي يحكم به على العمل ، وعلى حسب القصد تكون المجازاة على الأعمال من ثواب أو عقاب .

١- لسان العرب ، والقاموس المحيط ، والمصباح المنير .

٢- معجم مقاييس اللغة ٣٠٨/٤ و ٣٠٩ .

هـ – أهمية هذه القاعدة :

هذه القاعدة من أهم القواعد الفقهية ، وأقومها صياغة ، والأصل في هذه القاعدة قولهﷺ : "إنما الأعمال بالنيات" واتفق الأئمة على أن هذا الحديث ثلث العلم ، وأحد القواعد الثلاث التي ترد إليها جميع الأحكام .

قال أحمد : "أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث : حديث : "إنما الأعمال بالنيات" ، وحديث "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد" ، وحديث : "الحلال بين والحرام بين" .

وهذه القاعدة : (الأمور بمقاصدها) تجرى في كثير من أبواب الفقه مثل : المعاوضات والتمليكات المالية ، والإبراء ، والوكالات ، وإحراز المباحات ، والضمانات ، والأمانات .

وأذكر هنا بعض الأمور المالية :

١- المعاوضات والتمليكات المالية : كالبيع والشراء والإجارة والصلح والهبة . فإن عقود المعاوضات المالية عند إطلاقها تفيد حكمها وهو الأثر المترتب عليها من التماك والتمليك ، لكن إذا اقترن بها مايخرجها عن إفادة الحكم وذلك كإرادة الهزل والاستهزاء والمواضعة والمداهنة فإنه يسلبها حكمها . فإذا باع الإنسان أو اشترى وهو هازل فإنه لايترتب على هذا العقد أثره ، وهو التمليك والتماك ، ومثله إذا كان مستهزئاً أو مواضعاً أو مراهناً .

٢- وأما الإبراء : فهو كما لو قال الطالب للكفيل : برئت من المال الذي كفلته فإنه يرجع إليه في البيان لما قصده ، في هذا اللفظ ، فإن كان قصد براءة الاستيفاء منه كان للكفيل أن يرجع على المكفول عنه ، وإن كان قصد من ذلك براءة الإسقاط فلا رجوع له .

٣- وأما الوكالات ، مثل أن يوكل إنسان غيره بشراء سيارة معينة ، فاشترى الوكيل السيارة فيضطر في هذه الحالة إلى نية وقصد الوكيل ، إن كان نوى الشراء للموكل يقع الشراء للموكل ، وان كان نوى الشراء لنفسه كان الشراء لنفسه .

٤- وأما إحراز المباحات : فإن النية والقصد شرط في إفادتها الملك ، فلو وضع إنسان وعاء في مكان فاجتمع فيه المطر ينظر : إن كان وضع الإناء بنية جمع الماء كان ما اجتمع من الماء ملكه ، وإن كان ينوي غسل الإناء ، فما اجتمع فيه لايكون ملكه ، وفي هذه الحالة لغيره ان يتملكه بأخذه (المادة ١٢٥٠) .

٥- وأما الضمانات والأمانات فمسائلها كثيرة ، فمنها : اللقطة إذا التقطها ملتقط بنية حفظها لمالكها كانت أمانة لايضمنها إلا بالتعدي ، وإن التقطها بنية أخذها لنفسه كـان فـي حكـم الغاصب يضمنها سواء تعدى أم لم يتعد .

و – أمثلة هذه القاعدة :

١- من قال لغيره : خذ هذه الدراهم ، فإن نوي التبرع كان هبة ، وإلا كـان قرضـاً واجـب الإعادة ، أو أمانة وجب عليه حفظها ، وإلا كان ضامناً . فصورة الإعطاء واحدة ، ولكـن المقاصد من وراء ذلك مختلفة ، فتترتب الأحكام تبعا لتلك المقاصد والأهداف .
٢- عقوبة القاتل عمدا تختلف عن عقوبة القاتل خطأ لاختلاف القصد رغم أن كلا منهمـا قـد أزهق روح إنسان .

ز – من فروع القاعدة الأولى :

قاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " .

هذا اللفظ عند الحنفية والمالكية ، أما الشافعية فقد تناولوها بعبارة " هل العبرة بصيغ العقـود أو بمعانيها ؟ " .

أما عند الحنابلة فإن لفظها : "اذا وصل بألفاظ العقود مايخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقـد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه ؟ فيه خلاف يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى؟ " . (١)

معنى القاعدة :

المراد بالمقاصد والمعاني تلك القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر ، يفهـم من هذا أنه عند حصول العقد لاينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد ، إنما ينظر إلـى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد ، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى ، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة ، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني . ومع ذلك فإنه مالم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لايجوز إلغاء الألفاظ

١- قواعد ابن رجب ، القاعدة ٣٨

مثال ذلك : لو اشترى شخص من "بقال" رطل سكر ، وقال له : خذ هذه الساعة أمانـة عنـدك حتى أُحضر لك الثمن فالساعة لاتكون أمانة عند البقال بل يكون حكمها حكم الرهن ، وللبقال أن يبقيها عنده حتى يستوفي دينه ، فلو كانت أمانة كما ذكر المشتري لحق له استرجاعها من البائع بصفتها أمانة يجب على الأمين إعادتها .

مثال ثانٍ : لو قال شخص لآخر : وهبتك هذه الفرس أو الدار بمائة جنيه فيكون هذا العقد عقـد بيع لاعقد هبة بالرغم من استعمال العاقد لفظ الهبة . وتجري فيه أحكام البيع ، فإذا كان المبيـع عقاراً تجري فيه أحكام الشفعة وغيرها من أحكام البيع . (١)

١- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١ : ١٩ بتصرف .

المبحث الثاني : القاعدة الثانية "اليقين لايزول بالشك"

أ - المراد باليقين :

لغة : قرار الشيء ، يقال : "يقن الماء في الحوض" بمعنى استقر (١) .

فاليقين : يعني الثقة بما علم ، وسكون النفس ، وطمأنينة القلب ، وزوال الشك .

واصطلاحاً : "هو حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشيء أو عدم وقوعه" .

وقد عرفه البعض "هو علم الشيء المستتر عن نظر واستدلال" ، ويفهم من هذه الايضاحات أنه لا يوجد الشك في شيء عند وجود اليقين ، ولا اليقين حيث يوجد الشك، إذ إنهما نقيضان، ولايجوز اجتماع النقيضين، فعلى هذا قد يعترض على وضع هذه القاعدة إذ لا موجب لوضعها.

ولكن بما أن القصد هنا بالشك إنما هو (الشك الطاريء) بعد حصول اليقين في الأمر فلا محل للاعتراض بتاتاً ، مثال ذلك : إذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة فانقطعت أخباره مدة طويلة ، فانقطاع أخباره يجعل شكاً في حياته ، إلا أن ذلك الشك لايزيل اليقين - وهو حياته المتيقنة قبلا - وعلى ذلك فلا يجوز الحكم بموته ، وليس لورثته اقتسام تركته مالم يثبت موته يقيناً ، وبالعكس إذا سافر آخر بسفينة ، وثبت غرقها فيحكم بموت الرجل ، لأن موته ظنٌ غالب ، والظن الغالب بمنزلة اليقين . (٢)

ب - المراد بالشك :

لغة : معناه التردد (٣) ؛ وهو ضد اليقين ، وتدل مادة الكلمة على التداخل . وأقر مجمع اللغة العربية في القاهرة إطلاق الشك على (حالة نفسية يتردد معها الذهن بين الإثبات والنفي ويتوقف عن الحكم) "المعجم الوسيط" .

وفي "المصباح المنير" : "الشك : اضطراب القلب والنفس" .

واصطلاحاً : تردد الفعل بين الوقوع وعدمه ، أي : لايوجد مرجح لأحدٍ على الآخر ، ولا يمكن ترجيح أحد الاحتمالين ، أما إذا كان الترجيح ممكناً لأحد الاحتمالين والقلب غير مطمئن للجهة الراجحة أيضاً ، فتكون الجهة الراجحة في درجة "الظن" ، والجهة المرجوحة في درجة الوهم.

---

(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي : ج٢ ، ص٨٥٢ .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ج١ ، ص٢٠ .

(٣) مختار الصحاح للإمام الرازي : ص٣٧٢ .

وأما إذا كان القلب يطمئن للجهة الراجحة فتكون " ظناً غالباً " ، والظن الغالب ينـزل منزلـة اليقين. (١)

ج - معنى هذه القاعدة :

أي : إن ما كان ثابتاً متيقناً لايرتفع بمجرد طروء الشك عليه ، لأن الأمر اليقيني أقـوى ، ولا يعقل أن يزيله ماهو أضعف منه .

قال القرافي : "وهذه القاعدة مجمع عليها وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه" (٢). وهي تهدف إلى رفع الحرج حيث فيها تقرير لليقين باعتباره أصلاً معتبراً وإزالته للشك الذي كثيراً ماينشأ عن الوساوس لاسيما في باب الطهارة والصلاة وكذلك في سـائر المـسائل والقضايا الفقهية التي تسري فيها هذه القاعدة التي يتجلى فيها الرفق والتخفيف على العباد .

د - أصل هذه القاعدة :

يرجع أصل هذه القاعدة إلى أصل شرعي من الكتاب والسنة ، وأصل عقلي .

أولاً : الأصل الشرعي

أ - من الكتاب العزيز ،

١- قوله تعالى : ﴿وما يتبع أكثرهم إلا ظناً إن الظن لايغني من الحق شيئاً إن ا عليم بمـا يفعلون﴾ [يونس ٣٦]

٢- قوله تعالى : ﴿وإذا قيل إن وعد ا حقٌ والساعة لا ريب فيها قلتم ماندري ما الساعةُ إن نظن إلا ظناً وما نحن بمستيقنين﴾ [الجاثية ٣٢]

٣- قوله تعالى : ﴿حتى أتانا اليقين﴾ [المدثر ٤٧]

٤- قوله تعالى : ﴿وإنه لحق اليقين﴾ [الحاقة ٥١]

٥- قوله تعالى : ﴿يثبتُ ا الذين آمنوا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة ويضل ا الظالمين ويفعل ا مايشاء﴾ [إبراهيم ٢٧]

---

(١) درر الحكام : ج١ ، ص٢٠ .

(٢) الفروق للعلامة الإمام القرافي : ج١ ، ص١١١ .

ب - ومن السنة النبوية :

١- عن عباد بن تميم عن عمه أنه شكا إلى رسول ا ﷺ الرجل الذي يخيل اليه أنـه يجـد الشيء في الصلاة، فقال : لاينفتل - أو لاينصرف - حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً.

وفي لفظ عن عبدا بن زيد - رضي ا عنه - أيضاً قال : "شُكي إلى النبـيﷺ الرجـل يخيل اليه أنه يجد الشيء في الصلاة قال : لاينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً" (١)

١- عن أبي هريرة - رضي ا عنه - قال : قال رسول ا ﷺ : "إذا وجد أحـدكم فـي بطنه شيئاً ، فأشكل عليه ، أخرج منه شيء أم لا ؟ ، فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً " (٢)

٣- عن أبي سعيد الخدري - رضي ا عنه - قال : قال رسول ا ﷺ : "إذا شك أحدكم فـي صلاته فلم يدركم صلى أثلاثاً أم أربعاً ! فليطرح الشك ، وليبن على ما استيقن ، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم - فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته ، وإن كان صـلى إتمامـاً لأربعة كانتا ترغيماً للشيطان" (٣)

٤- عن عبدالرحمن بن عوف - رضي ا عنه - قال : سمعت رسـول ا ﷺ يقـول : "إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أم اثنتين فليبن على واحدة ، فإن لـم يتـيقن صلى اثنتين أم ثلاثاً فليبن على اثنتين ، فإن لم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً فليبن على ثـلاث وليسجد سجدتين قبل أن يسلم" (٤)

ثانياً : الإجماع : وقد أجمع الفقهاء على أصل العمل بهذه القاعدة، قال القرافـي : " .. فهـذه قاعدة مجمع عليها ، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه" الفروق ١١١/١

ثالثاً : الأصل العقلي : اليقين أقوى من الشك ، والضعيف لايزيل القوي ، لأن في اليقين حكماً قطعياً جازماً فلا ينهدم بالشك ، والقوي لايزول إلا بمثله أو أقوى منه ولا يزول بما هو أضعف منه .

---

(١) أخرجه البخاري ج١ ، ص٤٤ في الوضوء ، باب لايتوضأ من الشك حتى يستيقن ، وباب من لم ير الوضـوء إلا من المخْرجين ، وفي البيوع ، باب من لم ير الوساوس ونحوها من الشبهات ، وأخرجه مسلم حديث رقـم ٣٦١ في الحيض ، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ، ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك . وأخرجه بقية الأئمة .

(٢) أخرجه الترمذي برقم ٣٩٨ في الصلاة ، باب ماجاء في الرجل يصلي فيشك في الزيادة والنقصان .

(٣) أخرجه مسلم حديث رقم ٥٧١ في المساجد باب السهو في الصلاة والسجود له .

(٤) أخرجه الترمذي حديث رقم ٣٩٨ في الصلاة باب ماجاء في الرجل يصلي فيشك .

وقال : هذا حديث حسن "غريب" صحيح . وأخرجه أحمد ج١ ص١٩٠ وابن ماجه حديث رقم ١٢٠٩٠ في إقامـة الصلاة باب ماجاء فيمن شك في صلاته ، وأخرجه الحاكم ج١ ص٣٢٤ ، ٣٢٥ وقال : صحيح على شرط مـسلم ووافقه الذهبي

هـ - من فروع هذه القاعدة :

أولاً : قاعدة "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته".

المراد من الأصل في اللغة : ما يبتنى عليه غيره .

والمراد منها : أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر، فحينئذ ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، مالم تثبت نسبته إلى زمن بعيد، فإذا ثبتت نسبته إلى الزمن البعيد يحكم بذلك (١)

ثانياً : قاعدة " الأصل في الصفات العارضة العدم

ويقابل ذلك أن الأصل في الصفات الأصلية الوجود .

وقد أخذت بذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة التاسعة منها فنصت على أن (الأصل في الصفات العارضة العدم) وتحديد الصفات الأصلية أو العارضة يعد من الأمور ذات الأهمية الكبيرة ، لأن عن طريقه يمكن معرفة حالات الشيء ، وما ينبني عليها من الأحكام .

ثالثاً : قاعدة " الأصل براءة الذمة "

والذمة لغة : العهد . واصطلاحاً : وصف يصير به الشخص أهلاً لأن تثبت له أو عليه الحقوق ومعنى القاعدة : الأصل أن تكون ذمة كل شخص بريئة أي : غير مشغولة بحق آخر لأن الذمم خُلقت بريئة غير مشغولة بحق من الحقوق ، فمن ادعى شغلها وحدث الإنكار فعليه البينة ، لما روي عن عبدالله بن عباس - رضي الله عنهما - قال : إن النبي ﷺ قال : "لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه" .

وفي رواية أن الرسول ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه .

وفي رواية أن امرأتين كانتا تخرزان في بيت ، أو في الحجرة فخرجت إحداهما ، وقد أنفذ بأشْفَى (٢) في كفها ، فادعت على الأخرى ، فرفع ذلك إلى ابن عباس ، فقال ابن عباس : قال رسول الله ﷺ : "لو يعطى الناس بدعواهم ، لذهب دماء قوم وأموالهم ، ذكروها بالله ، وأقرؤوا عليها : ﴿إن الذين يشترون بعهد الله ﴾ [آل عمران ٧٧] فذكروها فاعترفت ، فقال ابن عباس : قال النبي ﷺ : "اليمين على المدعى عليه" (٣)

---

(١) درر الحكام ج١ ص٢٥ وشرح القواعد الفقهية : ص٧٧ .

(٢) الأشفى : آلة الخرز للإسكاف ، ينون ولا ينون . انظر المعجم الوسيط ج١ ص١٩ والمنتخب من غريب كلام العرب لابن الحسن الهنائي ج١ ص٣٣٠ تحقيق د. محمد بن حمد العمري الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩هـ الناشر جامعة أم القرى .

(٣) أخرجه البخاري ١٦٧/٥ في تفسير سورة آل عمران .

ومثال ذلك : لو ادعى شخص على آخر أنه أتلف له شيئاً ، واعترف المدعى عليه لكنهما اختلفا في قيمة الشيء المتلف، فالقول قول الغارم "المدعى عليه"، لأن الأصل البراءة عما زاد.
كذلك لو ادعى شخص دينا له على آخر ، وأنكر المدعى عليه ، فالقول قول المدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته ، وعلى المدعى البينة .

رابعاً : قاعدة "الأصل بقاء ماكان على ماكان"

معناها "الاستصحاب أي : اعتبار الحالة السابقة - في وقتٍ ما - مستمرة في سائر الأوقات ثبوتاً أو نفياً حتى يأتي مايثبت انقطاعها .
ومن الأمثلة على قاعدة بقاء ماكان على ماكان : ما لو ادعى المقترض أنه دفع الدين إلى من أقرضه إياه ، أو ادعى المشتري أنه دفع الثمن للبائع ، أو ادعى المستأجر دفع الأجرة لصاحب الدار ، وأنكر كل من : المقرض ، والبائع ، والمؤجر . كان القول لهؤلاء المنكرين مع اليمين. أي : إن هذه الأموال تعتبر باقيةً في ذمة المقترض والمشتري والمستأجر مالم يثبتوا الدفع لأنها كانت مستحقة عليهم بيقين ، فالأصل بقاؤها في ذممهم حتى يثبت سقوطها ، ولهم في هذه الحالة تحليف الدائن والبائع والمؤجر على أنهم لم يقبضوا ، فإذا حلفوا قضي لهم بالأموال على المقترض والمشتري والمستأجر (الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥١ ، ولابن نجيم ص٥٧ ، شرح القواعد الفقهية ص٧٩) .

خامساً : قاعدة " الأصل في الأفعال العدم "

وقد عبر بعض العلماء عن هذا الأصل بقوله : (قاعدة : من شك هل فعل شيئاً أو لا ؟ فالأصل أنه لم يفعله) (١) وعبر آخرون بقولهم : (كل من شك في شيء هل فعله أو لا ؟ فهو غير فاعل في الحكم)(٢)

ولهذا الأصل تطبيقات كثيرة ، وأصول فرعية ضابطة ، نذكر فيما يأتي طائفة منها :

١ - من تيقن الفعل وشك في القليل والكثير ، حمل على القليل (٣)

ووجه ذلك أن القليل هو المتيقن ، وما زاد على ذلك فإن الأصل فيه العدم ، فلا يرتفع يقين عدم الفعل بالشك .

٢- لا ينسب إلى ساكت قول . (٤)

---

(١) المجموع المذهب ٣١٥/١ ، والاعتناء في الفرق والاستثناء ٢٣٣/١ ، والمنثور ٢٧٤/٢ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦١ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٩ .

(٢) المجموع المذهب ٣١٥/١ . وقد نسب ذلك إلى أبي العباس ابن القاص .

(٣) المنثور ٢٧٥/٢ ، والأشباه والنظائر للسيوطي في الموضع السابق ، والأشباه والنظائر لابن نجيم في الموضع السابق .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٥٨ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥٤ ، ونص المادة (٦٧) من مجلة الأحكام العدلية ، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٧٣ والمدخل الفقهي ص ٩٧٣ .

٣- القديم يترك على قدمه (١)

وعلل بعض الفقهاء هذا الأصل بقوله : (القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه) (٢) ، وعلله بعض آخر بقوله : (إنما لم يجز تغير القديم عن حاله ، أو رفعه بدون إذن صاحبه، لأنه لما كان من الزمن القديم على هذه الحالة المشاهدة ، فالأصل بقاؤه على ماكان عليه، ولغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي) . (٣)

ومهما يكن من أمر فإن هذا الأصل يفْصل بموجبه في خصومات كثيرة ، كالخصومات المتعلقة بحقوق المرور والمجرى والمسيل والشرب ، وكالأوقاف القديمة التي جهلت شروطها ، ووجد فيها تعامل قديم على كيفية معينة . (٤)

٤- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه . (٥)

وذلك لأن ماثبت بزمان أصبح أمراً متيقناً ، والأصل البقاء ، لأن الأصل عدم وجود المغير، فإذا وجد دليل معارض فإنه يؤخذ بالدليل ، وحينئذ يكون اليقين قد زال بيقين، لا بشك.

٥- الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (٦) . ومثل هذا الأصل ، قولهم : الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن . (٧)

ووجه ذلك أن الزمن الأقرب هو المتيقن . ومن الممكن أن نعلل ذلك بأنه لما كان الحادث غير معلوم الوقت ، وكان الأصل في ذلك العدم ، كان تقدير زمنه ضرورة ، لكونه قد وجد بالفعل ، والضرورة تندفع بتقدير الزمان الأقرب .

---

(١) نص المادة (٦) من مجلة الأحكام العدلية . والفرائد البهية لمحمود حمزة ص ١٢٧ .

(٢) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للدكتور علي الندوي ص ١٥٠ نقلاً عن الهداية بشرح فتح القدير .

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٩ ، نقلاً عن الفتاوى الخيرية / فصل الحيطان .

(٤) انظر ذلك وطائفة أخرى من التطبيقات الفقهية في شرح المجلة للأتاسي ٢٣/١ وما بعدها ، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٩ وما بعدها .

(٥) نص المادة (١٠) من مجلة الأحكام العدلية . انظر في بيان معناها والتطبيقات عليها : شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٧٣ ، وشرح المجلة للأتاسي ٢٩/١ ، وشرح المجلة لسليم رستم باز ص٢٣ .

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٥ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٤ ، والمنثور ١٧٤/١ ونص المادة (٦) من مجلة الأحكام العدلية ، وشرح المجلة للأتاسي ٣٢/١ ، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص٧٧ .

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٥ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦٤ ، مع اختلاف في الصياغة بين المصدرين

أصول أخر متفرقة :

وهناك أصول أخر ، قد يدخل بعضها في الأصول السابقة ، وقد يكون مستقلاً ، وهـذه بعـض نماذج منها :

أ - فمن الأصول الداخلة في الأصول السابقة قولهم :

١- الأصل في الحقوق العدم (١) ، أي عدم لزوم شيء للغير ، ويمكن أن يدخل هذا فـي أصل براءة الذمة ، أيضاً .

٢- الأصل المستقر أنه لا يعتد لأحدٍ إلا بما عمله ، أو تسبب إليه ، بأسباب ونحو ذلك (٢)

٣- الأصل في الميتات النجاسة . (٣)

٤- الأصل الإباحة . (٤)

٥- الأصل في العادات الإباحة (٥) . وهذا الأصل والذي قبله يمكن ردهما أيضا إلـى أن الأصل في المنافع الحل .

٦- الناس مشتركون في الماء والهواء والنار والكلأ (٦) . وهذا بنـاء علـى أن هـذه الأشياء كانت في الأصل مباحة ، فتبقى على ما كانت عليه .

٧- الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله ، نصا ، أو قياساً عند من يقول به . (٧)

٨- الضرر لايكون قديماً . (٨)

---

(١) الفوائد الجنية ٢٠٣/١ .

(٢) مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي ص ١٧٨ .

(٣) قواعد ابن رجب ص٣٣٦ قاعدة (١٥٨)

(٤) مغني ذوي الأفهام ص ٢٤٥

(٥) رسالة في القواعد الفقهية للشيخ عبدالرحمن السعدي ص ٢٤ .

(٦) مغني ذوي الأفهام ص ٢٤٥

(٧) الأشباه لابن السبكي ٥٣/١ .

(٨) المادة (٧) من مجلة الأحكام العدلية . انظر فيها : شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٥٥ ، وشرح المجلة لسليم باز ص ٢٢ .

ب - ومن الأصول الداخلة في مجال اليقين ، وهي مستقلة ، لم يظهر دخولها فيما تقدم ، قولهم :

١- الثابت بالبينة العادلة ، كالثابت معاينة . (١)

٢- لا حجة مع الاحتمال الناشيء عن دليل . (٢)

٣- الثابت عادة كالمتيقن . (٣)

٤- الممتنع عادة كالممتنع حقيقة . (٤)

٥- المعدوم شرعاً كالمعدوم حقيقة . (٥)

٦- الظن الغالب ينزل منزلة التحقيق . (٦)

٧- الغالب مساوٍ للمحقق (٧)

٨- الأصل أن ما في يد الإنسان أنه ملكه ، ما لم يدلّ على خلافه علامة معينة (٨)

٩- الأصل الاحتياط في العادات (٩) . ووجه اليقين في ذلك أن الاحتياط هـو الإتيـان بجميع محتملات التكاليف ، أو اجتنابها ، عند الشك بها ، والعجـز عـن تحـصيل واقعها ، مع إمكان الإتيان بها جميعاً ، أو اجتنابها جميعاً (١٠) . ولا شك فـي أن اليقين المطلوب واقع في أحد هذه المحتملات ولا يخرج عنها .

---

(١) القواعد الفقهية للندوي ص٣٠٣ ، أخذها من معين الحكام للطرابلسي ص١١٨ مطبعة الحلبي .

(٢) المادة (٧٣) من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) الهداية بشرح فتح القدير ٣٢/١ .

(٤) المادة (٣٨) من مجلة الأحكام العدلية ، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص١٧١ .

(٥) إيضاح المسالك ص ٣٨ (القاعدة ٢) .

(٦) القواعد الفقهية للندوي ص ٣٠٦ ، ذكرها عن ابن فرحون في تبصرة الحكام .

(٧) إيضاح المسالك ص ١٣٦ (القاعدة ١) .

(٨) إحياء علوم الدين - الغزالي - ١٠٠/٢ .

(٩) موسوعة القواعد الفقهية ٤١٩/١ ، عن المبسوط للسرخسي ٢٤٦/١ .

(١٠) انظر : رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ص١١٥ .

سادساً : قاعدة "لا عبرة بالتوهم"

معنى هذه القاعدة : لا عبرة : أي لا اعتبار ولا اعتداد .

والتوهم : التخيل والتمثل في الذهن - وهو أدنى درجة من الظن أو الشك - والمراد به هنا : تخيل غير الواقع ، أي : الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول ، فهذا لايبنى عليه حكم ، ولا يمنع القضاء ، ولا يؤخر الحقوق ، لأن التوهم غير مستند إلى دليل عقلي أو حسي ، بل هو أحط درجة من الشك (١)

"أي لايثبت حكم شرعي استناداً إلى وهم ، كما لايجوز تأخير الشيء الثابت بصورة قطعية بوهم طارىء " (٢)

مثال لهذه القاعدة :

لو أثبت الدائنون ديونهم على مفلس. وقال الشهود : لانعلم له غريماً غير هؤلاء ، يعطى المال للدائنين ولا يؤخر دفعه اليهم لاحتمال ظهور دائن غائب غير الحاضرين .

ويخالف التوهم في الحكم ، الأمر المتوقع ، فإنه كثير الوقوع ، لذا يؤخر الحكم كما في حالة تخاصم الأقرباء أمام المحاكم ، فقد جوز الفقهاء تأخير الحكم فيما بينهم رجاء للصلح بين الأقارب، وما ذاك إلا لأن الصلح بين الأقارب متوقع بخلاف غيرهم فإنه متوهم . (٣)

سابعاً : قاعدة "لاينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان"

هذه القاعدة وإن سقطت لكن نفردها لأهميتها وهي تشتمل على جملتين هما كالتالي :

الجملة الأولى : "لاينسب إلى ساكت قول" أي إن دلالة السكوت مشكوك فيها مالم تُدعمها قرائن مرجحة وعدم القول هو المتيقن ، ذلك بشرطين هما :

أن يكون قادراً على الكلام ، وألا يكون في معرض الحاجة إلى البيان .

فمثلاً : لو رأى شخصاً أجنبياً يبيع ماله فسكت فلا يكون سكوته إجازة لهذا البيع ، وكذلك لو رأى غيره يتلف ماله فسكت فلا يكون سكوته إذناً بإتلافه، بل له أن يضمنه .

---

(١) لسان العرب ، ج٢ ، ص٦٤٣ ، والمعجم الوسيط : ج٢ ، ص١٠٦٠ .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تأليف علي حيدر : ج١ ، ص٦٥ .

(٣) شرح القواعد الفقهية ص٣٦٣ .

أما الجملة الثانية : ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان ، وهي جملة استثنائية مما قبلها ، وتمثل بحد ذاتها قاعدة أخرى عند الأصوليين ، فيشترط أن يكون هناك دلالة من حال المتكلم ، وسمى الأصوليون هذا بيان الضرورة ، وهو نوع من أنواع البيان يقوم السكوت فيه مقام الكلام ، لدلالة حال في المتكلم تدل على أن سكوته لو لم يكن بياناً ما كان ينبغي له أن يسكت ، وذلك كسكوت النبي ﷺ عند أمر يعاينه عند التغيير أو الإنكار ، فيكون سكوته إذناً به ، أو يكون هناك ضرورة لدفع الغرر والضرر ، يعني أن السكوت فيما يلزم المتكلم به إقرار وبيان ، ومثال ذلك سكوت المستأجر للمكان عند قول المالك له : اترك السكن وإلا فأجرته كذا فسكوته يعد إقراراً منه بالرضا عن مبلغ الإيجار الجديد . (١)

وإذا كان عند رجل راع يرعى له غنمه فقال له : إني لا أرعى غنمك بألف ريال أجرة سنوياً بل أريد ألفي ريال فسكت صاحب الغنم ، وترك الراعي يرعى الغنم فيكون صاحب المال قد قبل استئجار الراعي بألفي ريال ، ويلزمه دفع الألفين . (٢)

و - القواعد المرادفة لقاعدة (اليقين لا يزول بالشك) هذه القواعد :

١ - ماثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين (٣)

ومفهوم ذلك أن اليقين لا يرتفع بما هو دونه ، كالشك والوهم ، لكونه أضعف من المثبت وقد ذكر أن هذه القاعدة مما استنبطها الشافعي (ت٢٠٤هـ) - رحمه ا - وأنه أخذها من قوله ﷺ، وقد سئل عن الرجل يخيل إليه الشيء في الصلاة : (لا ينصرف حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحا) (٤)

عبر بعضهم عنها بقوله : (الذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين) (٥) ، لكنها بهذا اللفظ تعتبر مجالاً تطبيقياً لعموم القاعدة في نطاق خاص وهو شغل الذمة .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص١٥٤ - ١٥٥ ، واللمع في أصول الفقه للشيرازي : ص٧٠ ، بتصرف .

(٢) القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي ، للدكتور العجلان ص٦٠ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦١ .

(٤) المنثور ١٣٥/٣ .

(٥) إيضاح المسالك قاعدة (٢٦) ص ١٩٩ .

٢- لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (١)

وذلك لأن التصريح أقوى في التعبير من دلالة الحال ، لأنها خلف عن الكلام الصريح ، عند عدمه . (فاذا وجد التصريح بخلاف ما تفيده دلالة الحال لم يبق للدلالة هذه الخلفية والنيابة في التعبير ، لأن دلالة التصريح يقينية ، ودلالة الحال والقرائن محلّ شك) (٢) . وهذه القاعدة الفرعية تمثل مجالاً تطبيقيا محدداً للقاعدة الأم ، لأنها خاصة بمجال التعبير عن الإرادة من إيجاب وقبول وإذن ورفض ورضى ونحو ذلك (٣) وعبر بعض العلماء عن هذه القاعدة بقوله : (صريح القول يقدم على ماتقتضيه دلالة الحال) (٤) . ومما يدخل في هذا المجال قولهم : (المنع الصريح نفي للإذن العرفي) . (٥)

٣- لا مساغ للاجتهاد في مورد النص (٦) :

النص هو خطاب الشارع ، والاجتهاد هو بذل الفقيه وسعه لتحصيل الظن بالحكم الشرعي والظاهر أن المقصود من النص هو المعنى المصطلح عليه عند الأصوليين ، وهو مادل على معناه دلالة قطعية ، بأن كان غير محتمل للتأويل . لأنه إن لم يكن كذلك فإن الاجتهاد في فهمه وتأويله غير ممنوع . وإذا كان المراد من النص ما ذكرنا لم يجز الاجتهاد في مقابلته ؛ لأن الحكم المتوصل إليه عن طريق الاجتهاد ظني ، يحتمل الخطأ ، فلا يرفع اليقين الثابت بالنص .

وهذه القاعدة ، كسابقتها ، تمثل مجالاً تطبيقياً للقاعدة الأم ، وفي مجال خاص منه ، وهو الاجتهاد في مقابلة النص .

---

(١) المادة (١٣) من مجلة الأحكام العدلية ، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٩١ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ص٥، وشرح المجلة لخالد الأتاسي ٣٨/١ .

(٢) المدخل الفقهي للزرقا ٩٧٢/٢ فقرة (٥٨٠)

(٣) المصدر السابق ، وانظر الأمثلة لهذه القاعدة في شروح المجلة .

(٤) المغني ٤٨٦/٥ و ٤٩١ .

(٥) المصدر السابق ٥١٦/٤ .

(٦) المادة (١٤) من مجلة الأحكام العدلية . شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٩٧ ، وشرح المجلة لسليم رستم باز ص 55 ، وشرح المجلة لمحمد خالد الأتاسي ٤٠/١ .

٤- القياس لا يصار إليه مع النص (١)

وذلك لأن إصابة الحكم بالقياس محتملة ، فلا يلجأ إليه مع وجود النص الشرعي ، الـدال علـى حكمه بيقينه . وهذه القاعدة داخلة في القاعدة السابقة ، لأن القياس نوع من الاجتهاد ، فهـي تمثل أيضا ، جانباً تطبيقيا من القاعدة الأساس (اليقين لا يزول بالشك) ولكنه جانب خاص ، هو الاجتهاد بالقياس

٥- ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضعه لايكون كناية في غيره (٢) :

والمقصود بذلك أنه متى أمكن تنفيذ ما يقتضيه اللفظ الصريح ، فلا يكون كناية في غيره.

مثال ذلك أن يعبر بالهبة وينوي الوصية ، فلا يكون وصية في الأصح عند الشافعية ، لأنه مـن الممكن تنفيذه في موضوعه الصريح ، وهو التمليك الناجز (٣) .

فدلالة اللفظ على ماهو صريح فيه يقين ، وحمله على غيره أمر مشكوك فيه . وهـذه القاعـدة تطبيق للقاعدة الأساس ، ولكنها في مجال خاص ، لايفيد التعميم في غير موضوعها .

٦- الميسور لايسقط بالمعسور (٤) :

وتوجيه دخول هذه القاعدة ، في القاعدة الكبرى (اليقين لا يزول بالشك) ، أو أنها تطبيق لها في مجال خاص ، أن أصل الميسور ثابت يقيناً ، فلا يسقط حكمه بالباقي إلا بيقين ، فعسر الزائل لا يلغي وجوب الحكم فيما تبقى . وقد ذكر السيوطي (ت ٩١١هـ) : أنها مستنبطة من قولـهﷺ : (إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم) . (٥)

وقد عبر عن هذه القاعدة بصيغ مختلفة . قال ابن قدامة (ت٦٢٠هـ) : (لايترك القليل من السنة للعجز عن كثيرها) (٦) . وقال : (من قدر على بعض الشرط لزمه) (٧) . وقـال ابـن رجـب (ت٧٩٥هـ) : (من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها هل يلزمه الإتيان بما قـدر عليـه منها أم لا ؟) . (٨) كما ذكرها الزركشي (ت٧٩٤هـ) بلفظ (البعض المقدور عليه هل يجب) (٩)

---

(١) المغني ٦٦/٤ و ٧٤ ، و ١٥٢

(٢) المجموع للنووي ٤٥١/١ ، والمنثور ١٤٦/٣ ، و ٣٠٦/٢ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٠ ، والأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٤٩/١ ، وقواعد الحصني ص ٣٦٦ القسم الأول .

(٣) المنثور ٣١١/٢ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٦ .

(٥) هذا جزء من حديث صحيح متفق عليه، عن أبي هريرة، وقد أخرجه البخاري في كتاب الاعتـصام بالـسنة، بلفـظ (دعـوني ماتركتكم، فإنما أهلك من كان قبلكم سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه وإذا أمرتكم بشيء فـأتوا منه مااستطعتم) . انظر : فتح الباري ٢٥١/١٣ ، وكشف الخفاء ٥٠١/١ ، والجامع الصغير ١٩/٢ .

(٦) المغني ٩٦/١ .

(٧) المصدر السابق ٢٣٨/١

(٨) القواعد للندوي ص ١٠ (القاعدة الثامنة)

(٩) المنثور ١٩٨/٣ وقد ذكر أن أحكام ذلك على أربعة أقسام ، فارجع إليها عند الرغبة في الإفادة ، في المنثور ٢٢٧/١ .

خاتمة :

حسن العمل بالظنون الشرعية :

وأختم هذا الفصل بكلام نفيس ممتع لسلطان العلماء الإمام العز بن عبدالسلام في كتابه "شجرة المعارف والأحوال" يصلح أن يكون قاعدة هامة تتعلق بالقاعدة الكبرى "اليقين لا يزول بالشك" وتتعلق بجانب التيسير في الشريعة ، ورعاية المصالح .

قال رحمه ا تعالى تحت عنوان "حُسن العمل بالظنُون الشرعية" : (١)

لما كان سعي العباد لجلب المصالح العاجلة والآجلة ، ودفع المفاسد العاجلة والآجلة ، جاءت الشريعة باتباع الظن في ذلك لغلبة صدق الظن ، وندرة كذبه . ولو اعتبر الشرع اليقين في العبادات والمعاملات وسائر التصرفات لفاتت مصالح كثيرة خوفاً من وقوع مفاسد يسيرة . بل في بعض المصالح ما لو بني على اليقين لهلك العباد ، وفسدت البلاد . وقد يكون الورع في ترك العمل بالظن عند ظهور احتمال المفاسد والمصالح . وكلّ احتمال يؤدي اعتباره إلى تعطيل المصالح المشروعة أو جلب المفاسد المدفوعة فهو منطرح لا لفتة إليه .

١- شجرة المعارف والأحوال ، ص ٤٦١ .

وقال رحمه الله تعالى : لو اعتبر الشرع اليقين في البيع والإجارة ونحوهما لم يصح شيء منها . إذ لا قطع بأهلية العاقدين ولا تمليكهما . ولا يخلو ملكهما من موانع التصرف كالرهن والنذر وجناية العبيد ولا بطواعية العاقدين لجواز أن يكونا أو أحدهما مكرهاً . وإذا تعددت التصرفات المتعلقة بالمنافع والأعيان تعدد الانتفاع بالمآكل والمشارب والمساكن والمراكب ووطء الإماء واستخدام الأرقاء وكفأة الارتفاق بجميع المنافع والأعيان إلا في حال الاضطرار ، ولو صبر الناس إلى حال الاضطرار لعجزوا عن الصنائع والعبادة والجهاد ، واستولى الكفار على البلاد، فقتلوا الرجال، وأخذوا الأموال ، وأسروا النساء والأطفال ، ولا يخفى ما في ذلك من الفساد. ولا ورع إلآ فيما يظهر من هذه الاحتمالات . والمفسدة المتوهمة في الأموال أن تكون مستحقة لغير من هي بيده . وورعه أن يدفعها إلى من يتوهم أنه يستحقها أو يتملكها منه بسببٍ من أسباب التمليك ، فإن جهله : فإن لم يتوقع معرفته صرفها إلى متولي بيت المال إلا أن يكون جائراً فيتولى من هي بيده وصرفها في مصارف بيت المال ، وإن لم ييأس من معرفته حفظها إلى أن يعرفه أو دفعها إلى الحاكم الموثوق به ليحفظها ، إلا أن يظهر مالكها فيعطاها ، أو ييأس من معرفته فتنصرف في مصارف بيت المال . وإن كانت الشبهة لتوهم وقفٍ فالورع أن يقفه على تلك الجهة بجميع شرائطها وأوصافها .

ونحن نذكر أنواعاً من التصرفات :

النوع الأول : عقود الارتفاق :

كالقرض ، والرهن ، والشركة ، والصلح ، والعارية ، والوديعة ، والوكالة ، والجعالة ، والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة ، لو اعتبر فيها اليقين لم تصح ولفات ارتفاقها . إذ لا يقطع بأهلية العاقد ولا تملكه لما بذله من عين أو منفعة . لأن منافع نفسه يجوز أن تكون مستحقة بإجارة سابقة ، ولا يخلو ملكه عن الموانع ، ولا ورع في هذه التصرفات إلا عند ظهور الاحتمال .

الثاني : الديون :

لو اعتبر فيها اليقين لما ثبتت . إذ لا قطع بأهلية العاقد ، ولا تملكه لما بذل ، ولا بطواعيته ، ولا بخلوه من الموانع ، كالرهن والنذر .

الثالث : ضمان المتلفات :

كالغصوب وغيرها . لو اعتبر فيها اليقين لما وجب إذ لا قطع بأن المتلف ملك للمتلف عليه ، ولا بأنه لم يأذن بإتلافه ، ولا بأنه لم يبرأ من الضمان ولم يتعوض عنه .

الرابع : الحوالة :

لو اعتبر فيها اليقين لم يصح . إذ لا قطع بأهلية العاقدين ، ولا بثبوت واحد من الدائنين . ولا يخفى الورع عند ظهور الاحتمال .

الخامس : الرد بالعيب :

لا قطع فيه ببقاء ملك المشتري ، ولا بانتفاء موانع الرد ، ولا بجهله بـه حـال البيـع ، ولا بإسقاط حقه تأخيراً وعفواً .

السادس : الشفعة :

لا قطع فيها بملك الشفيع ، ولا بملك المشتري ، ولا بأهليتهمـا ، ولا بـسقوط الـشفعة بعـد ثبوتها، ولا بامتناعها بجهالة الثمن وتعذر معرفته . ولا يخفى الورع في الترك عنـد ظهـور الاحتمال.

السابع : رد المغصوب :

لو شُرط فيه اليقين لم يجب رده ، ولا ضمانه إذ لا قطع بملك المغـصوب منـه ، ولا بانتفاء ملك الغاصب ، وانتفاء استحقاقه لليد ، بإجارة ، أو رهن ، أو وقف مـن المالـك ، أو تمليك سابق أو لاحق .

الثامن : أداء الديون ، ورد الأمانات والعواري :

لو اعتبر فيها اليقين لم تجب ، إذ لا قطع بسقوط الدين ، بمعاوضة ، أو إبراء ، ولا بانتقـال الملك في العواري والأمانات إلى من هي بيده ، أو استحقاقه اليد ، برهن أو إجارة .

التاسع : التبرعات .

كالعارية ، والهبة ، والعمرى (١) ، والرقبى (٢) ، والضيافة ، والإباحة ، والهدية ، والصدقة. لو اعتبر فيها اليقين لم تصح . إذ لا قطع بأهلية الباذل ولا بملكه ولا بخلوه من الموانع .

العاشر : قبول الأمانات :

كأموال اليتامى والمجانين والغائبين وأموال بيت المال . لو اعتبر فيها اليقين لم تصح ، ولم يجز قبولها . إذ لا قطع فيها بالملك ، ولا بخلوه من الموانع . ولا ورع في تركها لوجوب قبولها .

الحادي عشر : اللقطة :

لو اعتبر فيها اليقين لم يجب ردها بوصوفها ولا بقيام البينة بها . إذ لاتفيد الشهادة القطع . وإذا لم يجب ردها لم يجب تعريفها إذ لا فائدة فيه .

الثاني عشر : إخراج المعادن والركاز :

لو شُرط فيهما القطع لم يملكا لجواز أن يكونا قد ملكا بإحياء أرضيهما ، أو بحيازة الركـاز . ولا ورع في ذلك إلا أن تظهر أمارات الملك ، وكذلك إحياء الموات .

الثالث عشر : المواريث :

لو اعتبر فيها اليقين لما ثبتت إذ لا قطع فيها بملك المورث ، ولا باتفاق دين الوارث والمورث، ولا يخلو الوارث من الموانع : كالرق والقتل ، وحجب النقصان ، وحجب الحرمان.

١- "العمرى" : أن يقول مثلاً : هذه الدار لك عمرك ، فإذا مت رجعت إلي ، أو هي لك عمري ، فإذا مِت رجعت إلى أهلي .

٢- "الرقبى" : أن يعطي إنسان آخر داراً أو أرضاً ، فإن مات أحدهما كانت للحي ، فكلاهما يترقب وفاة صاحبه ، ولهذا سميت .

الرابع عشر : العتق ، والكتابة (١) ، والتدبير (٢) ، والاستيلاد :

لو اعتبر فيها اليقين لما ثبت . إذ لايقطع فيها بالرق . وإن قطع بالرق لم يقطـع بأنـه للمعتـق والمستولد ، ولا يخلو من الموانع . ولا ورع في ذلك بعد إيقاعـه إلا أن يكـون مـن يتـوهم استحقاقـه موجـوداً فيلتمس منـه انتفاء العتق فإن أبى فليتعـاوض العتيـق ثـم يعتـق بعـد المعاوضة. (٣) .

ثم تكلم في الفصل السابع في أحكام الشرع عامة فقال :

" لا يجب الأخـذ باليقين في الإيجاب والتحريم ، ولا الكراهية والندب ، ولا الإباحة والتحليل ، بل يكفي في ذلك الظن المستند إلى الأسباب الشرعية . وذلك لا يشترط اليقين في وجود العلـل الشرعية ، ووجود شرائطها وانتفاء موانعها .

وكذلك لايجب القطع بصدق الراوي والمفتي . ولو شُرط ذلك لفات معظم الأحكـام فـي حـق العلماء والعوام وكل ماوجب أو لعباده فلا يجب المقضي عنه بيقين ، بل يكتفى في الخـروج عن حقوق ا تعالى وحق عباده بالظنون المشروعة في مثل ذلك الحق .

وباب الورع مفتوح إلا أن يتعذر اعتباره ، فيتطهر بالماء المشكوك في نجاسته ، وتؤدى الحقوق الشرعية وغيرها بالمال المشتبه إذا لم يجد غيره ، لرجحان مصلحة الإيجـاب علـى مـصلحة الاجتناب ، فيجب أداء الحج والدين والكفارة والنذر على من لم يجد إلا المال المشتبه. (٤)

---

١ - "الكتابة" : عقد بين المملوك والسيد ، يتعلق فيه على تحرير العبد لقاء مبلغ يؤديه العبد لسيده .

٢- "التدبير" : أن يعتق الرجلُ عبده بعد موته .

٣- شجرة المعارف والأحوال ، للعز بن عبدالسلام ص٤٦٥ - ٤٦٨ .

٤- المصدر السابق ص ٤٧٣ .

المبحث الثالث : القاعدة الكلية الكبرى "المشقة تجلب التيسير"

تمهيد :

هذه القاعدة أصل عظيم من أصول الشرع ، ومعظم الرخص منبثقة عنها ، بل إنها من الدعائم والأسس التي يقوم عليها صرح الفقه الإسلامي ، فهي قاعدة فقهية وأصولية عامة .
وسأشرح هذه القاعدة شرحاً موجزاً ثم أذكر مايندرج تحتها من قواعد فرعية أخرى والتي هي امتداد لهذه القاعة الجليلة .

أ – المشقة لغة :

الشق بالكسر نصف الشيء كما قال تعالى : (لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس) [النحـل : ٧٠] يعني كأنه قد ذهب نصف أنفسكم حتى بلغتم الأمر المقصود .
وقيل : بالفتح يعني الفصل ، ومنه الشق في الجبل .
ويستعمل اللفظ في المحسوسات أو المعنويات فيقال شق عليه الأمر أي صعب ، ويقال كذلك : وهم في شق من العيش بكسر الشين إذا كانوا في صعوبة ، وبالفتح كالشَق في الجبل يعنـي موضع حرج ، ومن ذلك قوله ﷺ : "لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة" وقال ابن الأثير : يعني لولا أن أثقل على أمتي ، من المشقة وهي الشدة . (١)
وقال الراغب في "مفرداته" : "الشق والمشقة : الانكسار الذي يلحق الـنفس والبـدن وذلـك كاستعارة الانكسار لها .

أما التيسير فالمراد به كما قال الرازي : "هو مايقدر عليه الإنسان في حالة السعة والسهولة لا في حال الضيق والشدة" . (٢)

ويقول القاسمي عند تفسير قوله تعالى : (يريد ا بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) . اليسر هو عمل لايجهد النفس ولا يثقل الجسم ، وفي الحديث : "إن الدين يسر" أي سـهل سـمح قليـل التشدد ، والعسر مايجهد النفس ويضر الجسم" . (٣)
وعدم القدرة ليس هو المقياس والضابط للعسر الشرعي .

والمعنى اللغوي الإجمالي للقاعدة :

إن الصعوبة تصبح سبباً للتسهيل والتخفيف على المكلف .
والمعنى الشرعي الاصطلاحي للقاعدة : إن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلـف ومشقة في نفسه أو ماله فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج (٤)

---

(١) النهاية لابن الأثير ٤٩١/٢ .
(٢) تفسير الرازي ٧٩/١٤ .
(٣) محاسن التأويل للقاسمي : ٤٢٧/٣ .
(٤) الوجيز في ايضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو ص ١٥٧ .

المطلب الأول : أدلة قاعدة "المشقة تجلب التيسير"

وأصل هذه القاعدة ثابت بالقرآن والسنة والإجماع والعقل .

أما القرآن والسنة :

فقد وردت فيه نصوص كثيرة وعديدة برفع الحرج والتيسير على الناس والتخفيف عليهم فيما شرعه ا تعالى لهم من الأحكام ورفع التكليف عما هو شاق من تلك الأحكام مما لاتطيق النفوس وليس في مقدورها ووسعها أن تتحمله .

ووجه الدلالة فيها أن الشريعة الإسلامية تتوخى دائماً رفع الحرج عن الناس ، وليس في أحكامها مايجاوز قوى الإنسان الضعيفة . وهذه النصوص دلت على ذلك لعموم معناها . وانطلاقاً منها استنبط الفقهاء هذه القاعدة ، وجعلوها بمثابة نبراس يستضيئون به عند النوازل والوقائع ، ويعالجون كثيراً من المسائل والقضايا على أساسها .

وأما الإجماع :

فقد أجمعت الأمة على أنه لم يقع التكليف الشاق في التشريع، وهو يدل على عدم قصد الشارع إليه، ولو كان الشارع قاصدا للمشقة في التكليف لما كان هناك ترخيص ولا تخفيف . وهذا مما علم من الدين الاسلامي ضرورة كرخص القصر والجمع والفطر، وتناول المحرمات في حالة الاضطرار . (١)

وأما عقلاً :

فلو كان التكليف بالمشقة واقعاً لحصل في الشريعة الإسلامية تناقض واضح واختلاف بين ، وذلك منفي عنها فإنه إذا كان وضع الشريعة على قصد الإعنات والمشقة فإن ذلك يناقض نصوصها التي تدل على الرفق والتيسير .

---

(١) الموافقات للشاطبي ١٢٢/٢.

المطلب الثاني : أنواع المشقة

إن كل التكاليف لايمكن أن تنفصل عن نوع مامن المشقة فالصلاة والصيام والحج ، والوضوء في أيام البرد الشديد ، والجهاد وغزو الكفار كل ذلك وغيرها من التكاليف فيها مشقة ، بل إن التكليف ماسمي بهذا إلا لأنه طلب مافيه كلفة ومشقة ، فلا يخلو شيء من التكاليف عن المشقة .

فمن هنا وجب التمييز بين المشقة التي شرعت الرخص إلى جانبها ، وهي المشقة غير المعتادة ، والمشقة المعتادة المألوفة التي لاتكاد تنفصل عن أي تكليف .
وعلى هذا فيكون هناك نوعان من المشقة ، سنبينهما بشيء من التفصيل .

النوع الأول : المشقة المعتادة :

سمى الشارع الأعمال المطلوب من العباد فعلها بالتكاليف ، والتكليف لغة هو مافيه مشقة . وكما يقول الشاطبي : لو لم يكن فيه إلا مخالفة الهوى لكان كافياً . (١).

يقول سلطان العلماء العز بن عبدالسلام عن هذا النوع من المشقة : "فهذه المشاق كلها لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات ولا في تخفيفها ، لأنها لو أثرت لفاتت مصالح العبادات والطاعات في جميع الأوقات أو في غالب الأوقات ولفات مارتب عليها من المثوبات الباقيات مادامت الأرض والسماوات . (٢)

وما أحسن ماقاله العلامة ابن القيم عن هذا النوع من المشقة فقد ورد في كتابه "إعلام الموقعين" : "إن كانت المشقة مشقة تعب فمصالح الدنيا والآخرة كلها منوطة بالتعب ولا راحة لمن لاتعب له ، بل على قدر التعب تكون الراحة" . (٣)

---

(١) الموافقات للشاطبي ١١٢/٢)
(١) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ٧/٢ .
(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ١١٢/٢ .

النـوع الثـانـي : المشقة غير المعتـادة :

إن المراد بالمشقة التي شرع الشارع الرخص للتخفيف عنها هي المشقة غير المألوفـة أوغيـر المعتادة كما سماها العلماء . ويعني هذا المصطلح : المشقة الزائدة عن الطاقة التي لايستطيع أن يتحملها الإنسان ، فتفسد على الناس أعمالهم ونظام حياتهم ومعاملاتهم ، وتعوقهم عـن القيـام بأعباء الحياة ومنافعها ، فمن هنا شرعت التخفيفات والتيسيرات بجانب هذه الأنواع من المشقات ووقوع هذه التكاليف يضاد كما ذكرنا سابقاً قصد الشارع من التيسير على العباد لأن هذا النـوع من المشقة يؤدي إلى عدم إمكانية الاستمرار في العمل أو يتعب في أداء العمل كما ينبغي فيحدث فيه الخلل . (١)

ويقسم سلطان العلماء المشقة غير المعتادة التي لاتنفك عنها العبادات إلى ثلاث درجات هي :

الأولى : مشقة عظيمة فادحة ، مثل :

مشقة الخوف على النفوس والأطراف وفوائد الأعضاء في الجسم ، فهي مشقة موجبة للترخيص والتسهيل ، لأن حفظ النفس والأطراف لإقامة مصالح الدنيا والآخرة أولـى مـن أن تتعـرض للفوات في عبادة ثم تفوت أمثالها .

ومن أمثلتها : الخوف من الاغتسال للجنابة من شدة البرد بأن لايجد مكاناً يؤويه ولا ثوباً يتـدفأ به ولا ماء مسخناً ولا حماماً ، فيجوز له التيمم . وكذا إذا لم يجد للحج الا طريقا من البحـر ، وكان الغالب عدم السلامة فلا يجب عليه الحج . (٢)

الثانية : مشقة خفيفة :

كوجع خفيف في أصبع أو أدنى صداع في الرأس أو سوء مزاج خفيف ، فهذا وأمثاله لا اعتبار له في الترخيص ولا التفات إليه لأن تحصيل مصلحة العبادات أولى من دفع مثل هـذه المـشقة الخفيفة التي لا أثر لها .

---

(١) التحرير في شرح قاعدة المشقة للزيباري ص ٤٩ - ٥٢ .

(٢) الأشباه لابن نجيم ص ٨٢ .

الثالثة : مشقة واقعة بين هاتين المشقتين مختلفة في الخفة والشدة :

فإن كانت أقرب للدرجة الأولى ألحقت بها ، وأوجبت التخفيف .

أما إن كانت أقرب للدرجة الثانية فلا تتعرض للتخفيف ، وذلك كالحمى الخفيفة ، وكوجع الضرس اليسير ... .

والمقياس في تحديد الدرجة هو قناعة الإنسان المكلف ذاته ، فإن رأى حرجاً واطمان لذلك قلبه ألحقها بما هو موجب للتخفيف والترخيص وإلا فيلحقها بالدرجة الثانية حيث لايترتب عليها تسهيل وتخفيف .

قال العز بن عبدالسلام :

الأولى في ضبط مشاق العبادات أن تضبط مشقة كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة في تلك العبادة فإن كانت مثلها أو أزيد منها ثبتت الرخصة بها ولن يعلم التماثل إلا بالزيادة إذ ليس في قدرة البشر الوقوف على تساوي المشاق ، فإذا زادت إحدى المشقتين على الأخرى علمنا أنهما قد استويتا فما اشتملت عليه المشقة في الدنيا منهما وكان ثبوت التخفيف والترخيص بسبب الزيادة أولا .

مثال ذلك :

إن التأذي بالقمل مبيح للحلق في حق الناسك فينبغي أن يعتبر تأذيه بالأمراض بمثل مشقة القمل، كذلك سائر المشاق المبيحة للبس والطيب والدهن وغير ذلك من المحظورات . (١)

---

(١) قواعد الأحكام ١٢/٢ - ٦٣ .

المطلب الثالث : ضوابط المشقة غير المعتادة

إنه من الصعوبة بمكان تلمس المشقة المعتادة التي ارتبط بها التخفيف فالناس يختلفون في طاقاتهم وقدراتهم ونوعية مشقتهم ، لأنها أمر اعتباري . هناك من قد يعتبر الأعراف مقياساً لتحديد المشقة ، ولكن المعروف أن الأعراف تتغير حسب الزمان والمكان وبالتالي فلا يصلح ذلك لتحديد المشقة ، ولعل أهم الضوابط التي اعتبرها العلماء في اجتهادهم هي :

أولا : ضبط مشقة كل عبادة بأدنى المشقة المعتبرة فيها :

وأحسن طريقة للتعرف على نوعية المشقة هو ماذكره العز بن عبدالسلام في قواعده ولنفاسة كلامه ودلالته على المراد والمقصود وهو ضبط مشاق العبادات نذكره باختصار مركزين على مايتعلق بالمعاملات :

فإن قيل : المشاق تنقسم إلى ماهو في أعلى مراتب الشدة ، والى ماهو في أدناها ، والى مايتوسط بينهما ، فكيف تعرف المشاق المتوسطة المبيحة التي لا ضابط لها ، مع أن الشرع قد ربط التخفيفات بالشديد والأشد ، والشاق والأشق ، مع أن معرفة الشديد والشاق متعذرة لعدم الضابط ؟

قلنا : لا وجه لضبط هذا وأمثاله إلا بالتقريب ، فإن مالا يحد ضابطه لايجوز تعطيله ، ويجب تقريبه ؛ فالأولى في ضابط مشاق العبادات أن تضبط مشقة كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة في تلك العبادة ، فإن كانت مثلها أو أزيد ثبتت الرخصة بها ، ولن يعلم التماثل إلا بالزيادة ، إذ ليس في قدرة البشر الوقوف على تساوي المشاق ، فإذا زادت إحدى المشقتين على الأخرى علمنا أنهما قد استويا فيما اشتملت عليه المشقة الدنيا منهما ، وكان ثبوت التخفيف والترخيص بسبب الزيادة.

ومثال ذلك :

منها : مقادير الإغرار في المعاملات .

ومنها : غضب الحكام المانع من الإقدام على الحكام .

فإن المراتب في ذلك كله مختلفة ، ولاضابط لمتوسطها إلا بالتقريب .

وقد ضبط غضب الحاكم بما يمنع من استيفاء النظر .

وكل هذه تقريبات يرجع في أمثالها إلى ظنون المكلفين .

ولا ينهى الحاكم الغضبان بما هو معلوم له إذ لاحاجة به إلى النظر فيه .

مثاله : أن يدعي إنسان على إنسان بدرهم معلوم فينكره ، فلا يكره للحاكم الحكم بينهما : إذ لايحتاج في هذه المسائل إلى نظر واعتبار ، بل حكمه في غضبه كحكمه في حال رضاه .

فإن قيل : لقد تقرر في الشرع : أن مالايمكن ضبطه يجب الحمل على أقله ، كمن باع عبدا وشرط أنه كاتب ، أو نجار ، أو رام ، أو بان ، فإن الشرط يحمل على أقل رتبة الكتابة ، والنجارة ، والخياطة ، والبناء .

وكذلك من أسلم في شيء ووصفه بصفات لكل واحدة منهن رتب عالية ، ورتب دانية ، ورتب متوسطة ، فإنه يحمل على أدناهن ، إذ لاضبط لما زاد عليها .

فإذا وصفت الجارية ، باشراق اللون ، أو بالكحل ، أو بالبياض حمل على أقل رتب ذلك .

وكذلك سائر الصفات ، فهلا قلتم بالحمل - ههنا - على أدنى رتب المشاق لعسر ضبط رتب المشاق الزائدة على أدناهن ؟

قلنا : لايجوز تفويت مصالح العبادات - مع عظمها وعلو شرفها - بمثل هذه المشاق - مع خفتها وسهولة تحملها ، بل تحمّل هذه المشاق لاوزن له في تحصيل مصالح العبادات ، لأن مصالح العبادات باقية أبد الآبدين ، ودهر الداهرين ، مع مايبتغى عليها من رضا رب العالمين .

وعلى هذا فينبغي للمجتهد أو المفتي أن ينظر إلى أقل مشقة خففت بها العبادة المطلوبة ، ولا فرق أن يتأكد من ذلك بواسطة نصوص من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس ، ثم يعرض القضية الجديدة فإذا ساوتها أو كانت أزيد منها كما عبر العز بن عبدالسلام ، فيجوز له تخفيف العبادة (القضية الجديدة) بسبب المشقة المستجدة .

ثانيا : مقدار الاهتمام من الشارع :

فإنه كلما اشتد اهتمام الشارع بعبادة أو أمر ما شرط في تخفيفه مشاق شديدة ، وما لم يهتم به خففه بالمشاق الخفيفة ، وقد تخف مشقته مع شرفه وعلو منزلته . (1)

فقد يختلف تحديد المشقة بين العبادات والمعاملات بسبب اهتمام الشارع بالعبادات أكثر من المعاملات ، لأن في العبادات مصالح الدين والدنيا فلا ينبغي إهمال العبادة بالمشقة ، ومن هنا ذهب بعض الفقهاء إلى أن ترك الرخص في العبادات أولى من إعمالها وهذا مايفسر قوله صلى ا عليه وسلم : "أجرك على قدر نصبك" . (2)

---

(1) قواعد الأحكام ٢/٨ .

(2) رواه البخاري ٢ : ٦٣٤ (١٦٩٥) ، ومسلم ٢ : ٨٧٦ (١٢١١) ، والبيهقي ٤ : ٣٣٢ (٨٤٣١) .

يقول العز بن عبدالسلام :

"ولذلك كان اجتناب الترخص في معظم هذه المشاق أولى، لأن تحمل المشاق فيها (أي مشاق العبادات) أعظم أجراً وأجزل مثوبة من تعاطيه بغير مشقة، لما ذكرنا من فضل تحمل المشاق لأجل ا ؛ وإنما حملنا في المعاملات على الأقل ، تحصيلا لمقاصد المعاملات ومصالحها ، فإن الحمل على الأعلى يؤدي في السلم إلى عزة الوجود ، وهي مبطلة للسلم .

والحمل في الصفات المشروطة في البيوع على الأعلى يؤدي إلى كثرة التنازع والاختلاف .

والحمل على مابينها لاضابط له ، ولا وقوف عليه ، فتعذر تجويزه لعدم الاطلاع عليه . (١)

وهكذا نرى فطنة الشيخ عز الدين في التفريق بين العبادات والمعاملات عند ضبطه مراتب الشدة.

ثالثا : النظر في الأوامر والنواهي :

ونفس الكلام يقال بالنسبة للأوامر والنواهي فاهتمام الشرع بالنواهي أشد من اهتمامه بالأوامر وهذا مستنبط من قوله ﷺ : "إذا أمرتكم بشيء فاتوا منه ما استطعتم واذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه" (٢) فالنواهي يبتعد عنها بإطلاق والأوامر تفعل بقدر الاستطاعة.

ومن هنا فقد رخص الشارع في ترك بعض الواجبات بأقل مشقة كالقيام في الصلاة والطهارة بالماء أما النواهي فلم يتساهل في الإقدام عليها . (٣)

---

(١) قواعد الأحكام ١٣/٢ - ١٤ .

(٢) متفق عليه .

(٣) (جامع العلوم والحكم ص٧٢) .

رابعا : اعتبار الوسائل والمقاصد :

وناحية أخرى ينظر فيها في قضية تحديد المشقة غير المعتادة ، وهو : هل الفعل مقصود في نفسه كالصلاة ، أو وسيلة إلى غيره كالوضوء من أجل الصلاة .

ومن هنا قال العلماء كما ذكر السيوطي في أشباهه : "ويغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد" فالشيء الذي هو مقصود في نفسه من شأنه ألا يترك في كل حال فإنه لايتحقق شيء من العمل عند تركه . أما ماهو وسيلة إلى غيره فمن شأنه الترخيص والتخفيف فيه عند اللزوم وعلى هذا يرخص في استقبال القبلة إلى التحري والبحث في الظلام أو فلاة أو يترك ستر العورة لإنسان لايجد ثوباً فيصلي ، أما الصلاة ذاتها فلا تترك مهما كانت الأحوال والظروف (١) .

التيسير مرتبط بالمشقة أم بالسبب ؟

ليست كل مشقة تجلب التيسر ، إنما التي اعتبرها الشرع سبباً للتيسير هي ماكان بالنص ، وحتى إذا لم تتحقق المشقة في الواقع ، حيث إنها أمر اعتباري يختلف باختلاف الأشخاص والأعراف والظروف .

وقال ابن القيم في بيان هذه القضية في إعلامه فقال :

"إن الفطر والقصر يختصان بالمسافر ولا يفطر المقيم إلا لمرض وهذا من كمال الشارع ... وأما الإقامة فلا موجب لإسقاط بعض الواجب فيها ولا تأخيره ، وما يعرض فيها من المشقة والشغل فأمر لاينضبط ولا ينحصر . فلو جاز لكل مشغول وكل مشقوق عليه الترخيص ، لضاع الواجب واضمحل بالكلية ، وإن جواز البعض دون البعض لم ينضبط فإنه لا وصف يضبط وما تجوز مع الرخصة وما لاتجوز بخلاف السفر ..." . (٢)

---

(١) والأمثلة على هذا كثيرة جداً أفاض فيها العز بن عبدالسلام في "قواعد الأحكام ١٣/٢" والسيوطي في "الأشباه ص ١٧٥" والدهلوي في "حجة ا البالغة ١٠٣/١" .

(٢) إعلام الموقعين ١١١/٢ .

ضوابط المشقة المعتبرة في المعاملات

يختلف تقدير المشقة بين ماهو عبادة وما هو معاملة ، ذلك لأن العبادة فيها مصلحة الدارين ، فلا يجوز تفويتها بمسمى المشقة مع إمكانية احتمالها ومن هنا فقد ورد في الحديث الصحيح الذي روته عائشة عن النبي ﷺ : "أجرك على قدر نصبك" . (١)

وأما من ناحية المعاملات فالأمر فيها يختلف ، ونورد ماقرره القرافي في فروقه فيقول :
"وأما المعاملات فتحصل مصالحها التي بذات الأعواض فيها بمسمى حقائق الشرع والشروط. بل التزام غير ذلك يؤدي إلى كثرة الخصام ونشر الفساد وإظهار العناد" . (٢)

فإذا استأجر إنسان عاملاً على اشتراط أنه كاتب أو مهندس أو خياط فإنه يكفي لتحقق هذا الشرط وجود أقل مسمى الكتابة أو الهندسة أو الخياطة ولا يتوقف ذلك على المهارة .
فالمعاملات يحمل فيها على أدنى المشقة فيها حتى تحصل مقاصدها .

---

(١) سبق تخريجه ص١٠١

(٢) الفروق للقرافي ١٢٠/٢ .

المطلب الرابع : مواضع اليسر في الأحكام الشرعية

الأحكام التكليفية خمسة : الإباحة ، والندب ، والكراهة ، والايجاب ، والتحريم ، فأما المباحات فلا مشقة فيها من جهة الشرع ، لأن الخيار في فعلها أو تركها إلى المكلف ، والشارع لم يدع فيما يتعلق بها إلى فعل أو ترك .

وأما المندوبات والمكروهات فنظراً إلى عدم استلزام فعلها أو تركها لعقوبة يعلم أن للمكلف *فيها خيارا كذلك ، وإن حث الشارع على فعل المندوب وترك المكروه لتحصيل الأجر ، إلا أن ذلك إذا شق على المكلف فينبغي له أن يترك المندوب أو يفعل المكروه رفقا بنفسه كما يأتي في النوع الثالث .*

هذا بالاضافة إلى أن الفعل المكلف به في المندوبات في الشريعة ليس فيه مشقة لذاته ، بل الذي ندب الشارع إلى فعله من صلاة ، أو صوم ، أو اعتكاف ، أو غير ذلك ليس فيه شيء يخرج عن المعتاد في المشقات ، وكذا ماكره لنا فعله ليس في تركه مشقة خارجة عن العادة. وإنما يتصور أن تكون المشقة فيما ألزم الله تعالى بفعله من الواجبات ، أو ألزم بتركه من المحرمات ، فإنها بالإلزام وفرض العقوبة الدنيوية ، أو الأخروية ، أو كليهما على المخالف لايكون للمكلف فيهما خيار .

فأما باب المحرمات فإن التيسير فيه واضح ، فإن الشارع الحكيم برحمته ضيق باب التحريم جدا ، حتى إن محرمات الأطعمة يوردها القرآن غالبا على سبيل الحصر كما في قوله تعالى : (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به) [النحل : ١١٥] ، فالأصل في المطعومات ونحوها الإباحة ، والتحريم استثناء ، ثم إنه تعالى لم يحرم مايشق الامتناع عنه كالماء أو الهواء أو اللباس أو المسكن . وإنما انصب التحريم على أشياء معينة مما لايشق تركه . وتلك المحرمات إنما حرمها لما فيها من الأضرار على صحة الإنسان ، أو على تصرفاته كما في تحريم الخمر ، ولم يحرم إلا شيئا متمحضا للضرر ، أو ضرره أغلب من نفعه . وهذا الذي قد يكون فيه نفع يكون في الحلال عوض عنه . ثم إن اضطر الإنسان إلى المحرم يسر الله عليه .

وأما الفرائض والواجبات فلم يكلفنا الله تعالى فيها مافيه مشقة خارجة عن المعتاد ، ولا ترك العباد من غير تكليف ، بل كانت الشريعة في هذا الأمر جارية على الطريق الوسط الأعدل : لاتميل إلى فرض مافيه مشقة تبهظ المكلف أو تقعده عن العمل في الحال أو المآل ، أو تدخل عليه الخلل في نفسه أو عقله أو ماله .

ومن جهة أخرى : ماتركت الشريعة الإنسان دون تكليف يحصل به الابتلاء ، فإنه لـم يخلـق عبثاً ولم يترك سدى ، بل كلفته بتكاليف تقتضي فيه غايـة التوسـط والاعتـدال ، كتكـاليف الصلاة، والصوم ، والزكاة ، والحج ، والجهاد . (١)

وهذا لايناقض اليسر ، فإن اليسر يناقضه العسر ، أما الوسط فهو داخل في اليسر ، إذ لا عسر فيه والوسط - كما قال الشاطبي - هو معظم الشريعة ، فهي وسط بين التشديد والتخفيـف . فمعظمهـا محمول على التوسط ، لا على مطلق التخفيف ولا على مطلق التشديد . (٢)

فالصلاة مثلا : خمس مرات كل يوم ، كل صلاة منها ركعات معدودة ، لاتتضمن فعلا شاقا ، بل مافيها من القيام ، والقراءة ، والركوع ، والسجود ، والأذكار كلها أمور ميسرة ، حتى أنه لم يفترض من القراءة فيها إلا القليل ، ولا من الأذكار إلا القليل ، وتعلمها وحفظها أمر ميسور . ولكن قد تأتي المشقة في الصلاة من جهة المحافظة على إقامتها على الوجه الأمثل ومن جهة الاستمرار والدوام عليها ، مع مخالفتها في بعض الأوقات لراحـة البـدن ، وللانطـلاق مـع الأعمال وهوى النفوس ، لكن ذلك ليس بمشقة في الحقيقة عند أهل التقوى . قال الله تعالى : (واستعينوا بالصبر والصلاة وإنها لكبيرة إلا على الخاشعين الذين يظنون أنهم ملاقـوا ربهـم وأنهم إليه راجعون) [البقرة : ٤٥] .

والزكاة عبادة مالية تفرض على المسلم في ماله مرة كل عام ، وذلك ميسور غير معـسور ، ولم تفرض إلا في الأموال النامية أو القابلة للنماء دون مالا يقبل ذلك من المـساكن والأثـاث والممتلكات التي هي للاستعمال الخاص ، كما قال النبيﷺ : "ليس على المؤمن في عبـده ولا فرسه صدقة" (٣) . وفرضت بنسب ميسرة تتفاوت غالبا تبعا للجهد المبذول.

فالخمس في الركاز ، لأن الجهد فيه يسير جدا مع عظم مايحصل به ، والعشر في الخارج من الأرض إن كانت بعلا ، ونصف العشر إن سقيت بالنضح ، وربع العشر في الأموال الناضـة ، ومثل ذلك أو أقل منه في السائمة ، حتى إن الغنم التي تبلغ (٤٠٠) إلى (٤٩٩) شاة ، فيهـا في كل مائة شاة واحدة وذلك واحد بالمائة أو أقل ، بالاضافة إلى مافي فريضة الزكـاة مـن أنواع التيسير التي تعلم بتتبع أحكامها في كتب الشريعة .

---

(١) الموافقات ١٦٣/٢

(٢) الموافقات ٢٥٩/٤ .

(٣) البخاري ٣٢٦/٣

وهكذا غير الصلاة والزكاة من فرائض الإسلام تعرف أوجه مافيها من اليسر ، وأنها أفعـال ، وأقوال ، وتكاليف موضوعة على قدر طاقة البشر دون مبالغة ولا تشديد .

أما الأحكام التي تضمنتها الشريعة لتسهيل هذه الأفعال المكلف بها والخروج عن عهدتها فهي كثيرة منها :

التوسيع في الواجبات من حيث الزمان كصلوات الفرائض ، فإن فعلها لايـستغرق إلا جـزءا يسيرا من وقتها ، فيكون لدى المكلف الفرصة لأدائها في الوقت الذي لايـشق عليـه ومنهـا مايجب على التراخي

ومنها التخيير في الأداء بين أمور متعددة ، فهو أيسر من أداء شيء واحد بعينه .

ومن التيسير أيضا مايقبل التداخل من الواجبات ، فمن ذلك العمرة تدخل في الحج لمن قرن . (١)

ومواضع اليسر في الشريعة أكثر من أن تحصر ، وماذكر إنما هو على سبيل التمثيل لا الحصر (٢)

أسباب التيسير

وهي عبارة عن الظروف والحالات التي يكون بوجودها التيسير والتسهيل أو التخفيف . وذكـر العلماء من أهل الفقه وأصوله أهم تلك الأسباب والحالات وهي :

١- السفر .

٢- المرض .

٣- النسيان .

٤- الجهل

٥- الإكراه .

٦- العسر وعموم البلوى .

٧- النقص .

---

(١) (قواعد الأحكام ٢٦/١ و ٢٠٦/١ - ٢١١) .

(٢) (الموسوعة الفقهية ٢٢٣/١٤ - ٢٢٦) .

وقد سبق شرح هذه الأسباب وبيانها في الفصل الذي تحدثت فيه عن الأسباب الداعية إلـى التـرخيص ، والمتـضمنة لضوابط الأخذ بالرخصة في كتابي " الرخصة الشرعية" طبع الدار المكية ودار ابن حزم .

المطلب الخامس : أنـواع التـيـسـيـر

إن التخفيفات والتيسيرات الواردة في الشريعة تشمل مجالين من الأحكام هما :

أولاً : التـيـسـيـر في مجال الأحكام الأصلـيـة :

ويتبين ذلك في صور أهمها :

(أ) إن المشرع لم يجعل كل مأمور به ركناً أو شرطاً إنما جعل كثيراً من ذلك مندوباً ومستحباً تيسيراً عليهم كما في قولـهﷺ : "لولا أن أشـق على أمتـي لأمرتهـم بالسـواك عنـد كل صلاة " . (١)

(ب) وربما يكون التخفيف بجعل الطاعة تشتمل على الراحة والأنس فيؤديها الإنسان مـسروراً كما في صلاة الجمعة والعيدين .

(ج) مراعاة بعض الطبائع النفسية والعادات الاجتماعية ، كأن يكون صـاحب البيـت أحـق بالإمامة ، وجعل سبع ليال للعروس إن كانت بكـــراً وثلاثـاً إن كانـت ثيبـاً (إقامـة الاحتفالات) (٢)

ومن ذلك ماورد من النهي عن إمامة الرجل لقوم وهم له كارهون . (٣)

ثانـيـا : التـيـسـيـر في مجال الأحكام الطارئة :

قسم الفقهاء الرخص الشرعية التي ورد فيها التخفيف إلى سبعة أنواع :

١- رخصة إسقاط:

كإسقاط العبادات عند وجود أعذارها كإسقاط الصلاة عن الحائض والنفساء ، وعدم وجوب الحج عمن لم يجد له طريقاً إلا البحر ، وكان الغالب عدم السلامة ، وعدم وجوب الحج على المـرأة إذا لم تجد محرماً .

---

(١) رواه البخاري ٢ : ٣٦١ في الجمعة ، ومسلم (٢٥٢) في الطهارة .

(٢) الوجيز في أصول الفقه للغزالي ٣٦/٢ .

(٣) انظر : رفع الحرج في الشريعة الاسلامية ص ١٦٤ .

٢- رخصة تنقيص :

أي إنقاص للعبادة لوجود العذر كالقصر في السفر للصلاة الرباعية ، والقعود والاضطجاع والإيماء في الصلاة للمريض .

٣- رخصة إبدال :

أي إبدال عبادة بعبادة كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم عند عدم الماء أو عدم القدرة على استعماله . وإبدال القيام في الصلاة بالقعود أو الاضطجاع للمريض ، وإبدال الركوع والسجود بالإيماء عند عدم الاستطاعة - ولا ينافي ذلك كونها رخصة تنقيص أيضاً لأن القعود أنقص من القيام والإيماء أنقص من الركوع والسجود ، بل هو رخصة إسقاط أيضاً وإن كان إلى بدل - وإبدال الصيام بالإطعام عند عدم القدرة ، وإبدال بعض الواجبات في الحج والعمرة بالكفارات عند حدوث الأعذار المشروعة .

٤- رخصة تقديم :

كتقديم الزكاة على الحول ، وزكاة الفطر على الفطر في رمضان ، وكذلك تقديم الكفارة على الحنث ، ومثل ذلك تقديم صلاة العصر إلى الظهر ، والعشاء إلى المغرب .

٥- رخصة تأخير :

كالجمع بمزدلفة بين المغرب والعشاء (وهذا عند الحنفية فقط وأما عند غيرهم فيجوز الجمع تقديماً وتأخيراً بعرفات ومزدلفة وغيرهما) ، وتأخير صيام رمضان للمسافر والمريض والحائض والنفساء ، وتأخير الصلاة عن وقتها في حق مشتغل بإنقاذ غريق أو العناية بمريض يخشى عليه أو جريح تجرى له عملية .

٦- رخصة اضطرار :

كشرب الخمر للغصة ، وأكل الميتة والخنزير عند المسغبة ، وخشية الموت جوعاً .

٧- رخصة تغيير :

كتغيير نظم الصلاة للخوف . (١)

---

(١) أشباه السيوطي ص ٨٢ ، وأشباه ابن نجيم ص ٨٣ بتصرف .

حكم القيام بالفعل مع المشقة

إذا قام الإنسان بالفعل مع وجود المشقة ، فالحكم يدور معها ، فإن كانت عظيمة كـ المريض أن يخاف على نفسه إذا صام أو على عضو من أعضائه أو منفعة من منافعه .
ففي هذه الحالة يقول الإمام القرافي في فروقه : "إنه يحرم عليه الصوم" . (١)

وقـد نقل الشاطبي عن مالك والشافعي : "يمنع من الصوم إذا خـاف التلـف به ولا يجزئه إن فعل " . (٢)
ذلك لأنه عصى الله بصومه وخالف أمره بتعريض نفسه للخطر المؤدي للهلاك وقد قال تعـالى: (ولا تقتلوا أنفسكم) [النساء : ٢٩] .

وقال تعالى : (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) [البقرة : ١٩٥] فيأثم لأجل ذلك .

وكذلك الحال في مريض عاجز عن المشي يؤدي مشيه إلى هلاكه ثم مـشى لأداء الحـج ، أو رجل جريح حينما يقوم في صلاته ينزف جرحه دماً إلى هلاكه ... والأمثلة في هذه كثيرة .

ونقل الشاطبي عن مالك والشافعي بعدم إجزاء الصوم عن المريض الذي يخشى الهلاك منه لأنه قد عصى الله بصومه وخالف أمره في قوله تعالى : (ولا تقتلوا أنفسكم) [النساء : ٢٩] .
فكيف يستساغ التقرب بالمعصية ، وربما لأنه إنما عصى الله بجنايته على الروح التي هي حـق الله تعالى .

صحة الفعل مع المشقة المحتملة :

ذكر الزركشي في قواعده هذا الحكم ، فقال : من خفف عليه للمشقة لو تكلف وفعل ، صح إذا لم يخش الهلاك أو الضرر العظيم ، كالمريض يتحمل المشقة في حضور الجمعة ، والفقير يتحمـل المشقة بحضور عرفات ، وسقط عنه الفرض .
فإن خشي ذلك، وهو بهذه الحالة، فيجب عليه الفطر إذا كان صائما في رمـضان، فـإن صـام عصى .

---

(١) الفروق ٢٣/٢ .

(٢) الموافقات ١٤٢/٢ .

قال الغزالي : ويحتمل ألا ينعقد ؛ لأنه عاصٍ به ، فكيف يتقرب بما يعصي ، ويحتمل أن يقـال: إنما عصى لجنايته على الروح التي هي حق الله تعالى ، فيكون كالمصلي في الدار المغـصوبة، يعصي لتناوله حق الغير ، وكذلك هذا لم يعص من حيث إنه صائم ، بل من حيث سـعيه فـي الهلاك .

حكم العمل بـالعزيـمة دون الرخصة والتـخفيـف

إذا كان هناك عمل تكليفي فيه مشقة بالغة على المكلفين ، والشارع قد رخص لهم فيه بنوع مـن التخفيف ، ولكن بعضهم أراد أن يأخذ الفعل المكلف بمشقته دون إعمال ماخفف فيه الشرع فمـا الحكم ؟

اختلف الفقهاء في هذا الموضوع إلى قولين وهما :

الأول : يجب على المضطر تناول ماحرمه الله حتى يحفظ نفسه من الهلاك بمقدار مايسد رمقه، واذا امتنع عن الأكل حتى مات يؤاخذ به ، ويعاقبه الله يوم القيامة على فعله ، وبه قـال الحنفية في بعض أقوالهم وجمهور المالكية والشافعية والحنابلة واستدلوا على قولهم :

١- بقوله تعالى : (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) [البقرة : ١٩٥]

٢- قوله تعالى : (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً) [النساء : ٢٩] .

٣- ومن جهة أخرى فهو قادر على إحياء نفسه بما أحله الله ، فلزمه أكله كما إذا كان معه طعام حلال . (١)

القول الثاني : يباح له ذلك ولا يأثم لأنه رخصة . أما لو عمل بالمشقة ومات من جرائها فلا إثم عليه لأنه أخذ بالعزيمة .

وبه قال ابن حزم وبعض الحنفية منهم أبو يوسف ، وهو قول بعض الـشافعية ، واستدلوا بما يأتي :

١- قوله تعالى : (وقد فصل لكم ماحرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) [الأنعام : ١١٨] .

٢- قوله تعالى : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) [البقرة : ١٧٣] .

٣- قوله تعالى : (فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم) [المائدة ٣]

---

(١) تبيين الحقائق ١٨٥/٥ ، الشرح الكبير للدردير ١١٥/٢ .

وجه الاستدلال من هذه النصوص :

إنها تفيد الحل أو الإباحة فقط ، ولأن الاستثناء المذكور في الآيات فيها استثناء من التحريم .
والقاعدة المعروفة في علم الأصول هي : "الاستثناء من التحريم حل أو إباحة" .

٤- ماورد عن عبدا بن حذافة السهمي - رضي ا عنه - : أن ملك الروم حبسه فـي بيـت ووضع معه خمراً ممزوجاً بالماء ولحم خنزير مشوي لمدة ثلاثة أيام فلم يأكل ولم يـشرب حتى مال رأسه من الجوع والعطش وخافوا أن يموت فأخرجوه فقال - رضي ا عنه - : "قد كان ا أحله لي لأني مضطر ولكن لم أكن لأشمتك بالإسلام" .(١)

أما إذا كانت القضية متعلقة بأصول الإسلام في العقيدة أو باعتداء على حق الغير كالقتل وإتلاف المال أو الزنا بامرأة غيره فذهب الفقهاء بالإجماع على أنه لايجب على المـستكره أو الإنـسان الواقع في مشقة أن يأخذ بالرخصة أو التيسير في حق نفسه وإنما يقدم عليه من قبيل الرخصة . وترتفع المسئولية الدينية إذا عمل بالرخصة . (٢)

---

(١) المغني ٥٩٦/٨ ، المحلى ٣٨١/٨ ، فتح القدير ٩٨/٧ .

(٢) الأشباه والنظائر ١٨٥/٢ لابن نجيم بشرح الحموي .

تعاطي سبب الرخصة بقصد الترخص

إذا أراد إنسان أن يتعاطي أو يفعل سبب الرخصة أي ماشرعت لأجله بغرض أن يترخص في الفعل المكلف به فما هو الحكم ؟

قال جلال الدين السيوطي : " من سلك الطريق الأبعد يقصد القصر لا غيره ، لايقصر في الأصح". (١)

وكذلك لو أراد شخص أن يسافر في شهر رمضان سفراً غير محتاج إليه ، وإنما يقصد من وراء سفره أن يفطر ليصل إلى الرخصة المذكورة في قوله تعالى : (فمن كان منكم مريضاً أو على سفرٍ فعدةٌ من أيامٍ) [البقرة : ١٨٤] .

وذكر فريق من العلماء أن هذا السفر يبيح له أن يفطر وهو الترخص المذكور .

قال الزركشي في قواعده (٢) : تعاطي سبب الترخص لقصد الترخص ، لايبيح ، كما إذا سلك الطريق الأبعد لغرض القصر لم يقصر في الأصح ، وكما لو سلك الطريق القصير ، ومشى يمينا وشمالا حتى بلغت المرحلة مرحلتين .

وقريب من ذلك ما لو دخل المسجد في أوقات الكراهة لقصد صلاة التحية لا يصح .

ومثله لو أحرم مع الإمام ، فلما قام إلى الثانية نوى مفارقته ، واقتدى بإمام آخر قد ركع فيحتمل أن لاتصح القدوة ، إذا فعل ذلك لقصد إسقاط الفاتحة ، وان اقتدى به لغرض آخر صح وسقطت عنه القراءة .

وليس هذا كمن سافر لقصد القصر والفطر في رمضان ، فإن هذا قاصد أصل السفر ، وهذا كالقاصد في أثناء السفر ، وانما نظيره أن يقصد بأصل الاقتداء سجود السهو ، وتحمل الفاتحة فانه يستبيح ذلك .

وقالوا : لو نذر صوم الدهر فأفطر يوماً، فلا سبيل إلى قضائه، وأخذ الرافعي من كلام الإمام أنه إذا سافر يقضي مايفطر به متعديا، قال وينساق النظر إلى أنه هل يلزمه "أن يسافر ليقضي" .

قلت - القائل : الزركشي - : وقياس مسألة القصر أنه إذا سافر لقصد الترخص بترك المنذور أنه لا يستبيح تركه، وقريب من هذا لو حلف ليطأن زوجته في نهار رمضان فقال النووي وابن الصلاح الجواب فيها ماقاله أبو حنيفة - رحمه الله - : "للسائل سأله عن ذلك أنه يسافر" .

---

(١) "الأشباه والنظائر" للسيوطي ص ٤٧

(٢) ١٧٠/٢ - ١٧١

ضابط الفعل الشاق الذي يؤجر عليه أكثر مما يؤجر على التخفيف

عندما يشترك الفعلان في المنزلة والشروط والأركان والسنن . ولكن أحدهما يكون فيه مشقة أكثر من الآخر فلا يؤثر على تساويهما في الثواب ، وذلك لتساويهما في كل الوظائف . وتميز أحدهما بتحمل المشقة ابتغاء وجه الله ، فأثيب صاحبه على تحمل المشقة ، وليس على ذات المشقة ، فإنه لايصح التقرب إلى الله بالمشقة ، فالقربات كلها تعظيم لله تعالى وليس عين المشقة فيها التعظيم .

ومثاله : كإنسان تحمل مشقة في خدمة غيره ، فإنه يشكره بسبب تحمل التعب لأجله .

ويمكن توضيح ذلك بالأمثلة الآتية :

(أ) اغتسال الإنسان في الصيف ثم اغتساله في الشتاء ، فإن أجرهما سواء لتساويهما في الشروط والأركان والسنن ، ولكن أجر الاغتسال في الشتاء يزيد على أجر الاغتسال في الصيف لأجل مشقة البرد . وليس الاختلاف في نفس الاغتسالين وإنما كان الاختلاف فيما لزم عنهما .

(ب) مشقة الوسيلة في إنسان يقصد المسجد من مسافة قريبة له وإنسان آخر يقصده من مسافة بعيدة فإن ما ينالان من الثواب لايتفاوت بتفاوت الوسيلة مع أنهما يتساويان من ناحية القيام بسنن العبادة وأركانها وشروطها لأن الله تعالى يؤجر على الوسائل إلى الطاعات كما يؤجر على المقاصد مع اختلاف أجور المقاصد والوسائل .

(ج) جعل للمجاهدين في سبيل الله ثواب العمل الصالح بسبب مايلقونه من العطش والتعب والتضحية بالمال والروح وقطع المسافات البعيدة وحرب الأعداء .

وهكذا يتفاوت ثواب تحمل المشقة بالنسبة إلى شدتها أو خفتها .

إن الذي يريده الشارع هو مصلحة العباد في الدين والدنيا ، وأما المشقة فلا مصلحة فيها ، لكن المأمور هو مايستلزمه المشقة ، وذلك كما يأمر الطبيب مريضه باستعمال الدواء المر اللاذع فلا شك أن مراده ليس إلا الشفاء ، ويستبعد أن يكون غرض الطبيب إيجاد ألم مرارة الدواء ، وكذلك عندما يقطع الطبيب عضواً ليس غرضه إيجاد الألم والمشقة على مريضه ، والمشقة ذاتها بداهة يكرهها الناس ، ولكن الخطب يهون لما يترتب على تحملها من الثواب العظيم ، ومن هنا فقد يكون العمل قليلاً ولكنه أفضل من الكثير وذلك كتفضيل القصر في الصلاة على الإتمام ، وكذلك تفضيل صلاة الصبح على غيرها رغم نقص عدد ركعاتها . (١)

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ٢٣/١ - ٢٤ بتصرف .

هل الأجر على قدر المشقة

هذه قضية اختلف فيها العلماء اختلافاً واسعاً ، واستدل كل فريق بأدلة تؤيد ماذهب إليه ، وقبل ذكر الأدلة ينبغي أن أذكر أن هناك جانباً متفقاً عليه بين الفريقين ، وهو أن كل مايجده المكلف من المشقات والشدائد في طريق قيامه بالعبادة وسائر التكاليف محسوب له في المثوبة ، قـلَّ ذلك أم كثر ، لم يخالف في ذلك أحد إطلاقاً . ودليله صريح قوله تعالى : (فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره) [الزلزلة : ٧] .

ولاشك أن المشقة التي يجدها الإنسان لدى قيامه بالعبادة ، معدود من عمل الخير الذي يثـاب عليه ونذكر الآن مستند الفريقين (١) :-

الفريق الأول : وهم الذين قالوا إن الأجر على قدر المشقة ، واستدلوا بما يأتي :

أولاً : حديث عائشة :

عن عائشة أنها قالت : قلت يارسول الله يصدر الناس بنسكين وأصدر بنسك واحد ؟ .

قال ﷺ : "انتظري فإذا طهرت فاخرجي إلى التنعيم فأهلي منه ، ثم القينا عند كذا وكذا" .

قال الراوي عن عائشة أظنه قال : - أي الرسول ﷺ - غداً ولكنها - أي المثوبة - على قدر نصبك أو قال نفقتك" رواه البخاري ومسلم)

ثانيـاً : مارواه البخاري ومسلم عن النبي ﷺ أنه قال : "مايصيب المسلم من نصب - أي تعب ومشقة - ولا وصب - أي مرض - ولا هم ولا حزن ولا أذى ولا غم حتى الشوكة يشاكها إلا كفر بها من خطاياه"

ثالثاً : مارواه البخاري ومسلم عن المغيرة بن شعبة - رضي الله عنه - قال : قام رسـول الله ﷺ حتى تورمت قدماه فقيل له : يارسول الله قد غفر الله ماتقدم من ذنبك وما تأخر فقـال ﷺ : "أفلا أكون عبداً شكوراً".

وقد وردت اعتراضات على الاستدلال بما سبق من الأدلة وهي كما يأتي :

أما الحديث الأول وهو حديث عائشة :

فإن محل الشاهد فيه شك من قبل الراوي كما قال العز بن عبدالسلام هل قال على قدر نصبك، أو قال على قدر نفقتك ؟ .

---

(١) ضوابط المصلحة للبوطي : ص ١٠٢

فإن كان الواقع قوله على قدر نفقتك فلا شك أن ماينفق في طاعة ا يفرق بين قليله وكثيـره، وإن كان الواقع قوله ﷺ على قدر نصبك فيجب أن يكون التقدير على قدر تحمل نصبك . (١)
يقول الدكتور البوطي (٢) : "إن المشقة التي تستلزم العبادة يتفاوت الأجر عليها حسب تفاوتها شدة وضعفا ، لا من حيث كونها مشقة . بل من حيث توقف فعل الطاعة عليها . والأجر على هذه المشقة غير الأجر على العبادة نفسها ، فأجر العبادة ثابت أصالة، وأجر المشقة ثابت تبعاً

وأما الحديث الثاني وهو (مايصيب المسلم من نصب ولا وصب) فاستدلوا به على أنه يبـين أن المصائب والمشقات من حيث عينها فيها الأجر من دون نظر إلى أنها وسيلة في سبيل تنفيـذ أوامر ا أم لا .

ولكن الحديث علق على المصائب والمشقات تكفير السيئات دون استحقاق الأجر والثـواب، وبينهمـا فرق فإن تكفير إثم السيئات يكفي بأن يناط بأي شيء يسمى عقوبة . أما الثواب فإنه يناط بالأفعـال المكتسبة .

أما الحديث الثالث وهو قوله ﷺ : "أفلا أكون عبداً شكوراً" . فيقول الإمام الشاطبي مناقـشاً استدلالهم وهو : أن أداء الشكر الحقيقي لايكون إلا بالمشقة فيفرق بين فريقين من المؤمنين وهما : عامتهم وخاصتهم فيقول :

"**فالضرب الأول** حاله حال من يعمل بحكم عهد الإيمان وعقد الإسلام من غير زائد .
والثاني : حاله حال من يعمل بحكم غلبة الخوف والرجاء أو المحبة ، فـالخوف سـوط سـائق والرجاء حاد قائد والمحبة تيار حامل ، فالخائف يعمل مع وجود المشقة ، غير أن الخوف ممـا هو أشق يحمل على الصبر على ماهو أهون وإن كان شاقاً ، والراجي يعمل مع وجود المـشقة؛ والمحب يعمل ببذل المجهود شوقاً إلى المحبوب ، فيسهل عليه الصعب وتفنى القوى ، ولايـرى أنه قام بشكر النعمة" . (٣)
ومن هذه الأدلة قد يفهم الناظر اليها لأول وهلة : أن مناط الأجر والثواب في الأعمال الصالحة ومايتقرب به إلى ا تعالى إنما هو بمقدار مايعانيه الشخص من مشقة وتعب ونـصب وجهـد بسبب أدائه تلك الطاعات والقربات ، ولكن إن صح هذا المناط فهو يتناقض مع إرادة الـشارع الحكيم بأوامره ونواهيه في تحقيق مصالح العباد .

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ١٣٢/١ .
(٢) "ضوابط المصلحة" للدكتور البوطي ص ١٠٦
(٣) الموافقات للشاطبي ١٤١/٢ .

ولتوضيح هذا الأمر الذي قد يبدو فيه التناقض نقول :

إذا نتجت عن فعل المأمور به مفسدة تساوي مصلحته أو كانت المفسدة أعظم من المصلحة ففي هذه الحالة يظهر التناقض واضحاً من قصد الشارع في أوامره مادامت مفسدتها أذهبت بجـدوى مصلحتها فقد ألحقت المشقة من جراء تنفيذ الأوامر . وقد قال ا تعالى : (وماجعل عليكم فـي الدين من حرج) [الحج : ٧٨] .

أما إذا كانت المشقة أخف من المصلحة التي تنتج من الأمر المشروع فلا يكون هناك تضاد مع المصلحة المقصودة ، وليست هي المشقة التي نفاها الشارع ولا العسر الذي لايريده ا في قوله تعالى : (يريد ا بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) [البقرة : ١٨٥] .

إنما هي المشقة المعتادة .

لأن كل الأفعال المأمور بها لابد لها من مشقة ، فهي ملازمة لاتنفصل عن أداء المأمورات لأن معنى تكليفهم لايتحقق إلا بأن يوجب عليهم مافيه شيء من الكلفة والتعب ، ولكنها خفيفة لاتخـل بالمصالح التي وضعها ا من خلال تشريع الأجر ، بل ربما هي لاتتجاوز خروج المكلف بهـا عن داعية شهواته .

وفي هذا يقول الشاطبي في موافقاته :

(إن المصالح الدينية والدنيوية لاتحصل مع الاسترسال في اتباع الهوى والمشي مع الأغـراض لما يلزم ذلك من التهارج والتقاتل والهلاك الذي هو مضاد لتلك المصالح) .(١)

إذن فأداء أحكام ا تعالى يستلزم هذه المشقة الخفيفة ، لكنها إذا ارتفعت عن هذا الحد لأسـباب وظروف طارئة فيفتح ا أمامها أبواب رخصه عما يحرج عباده ويشق عليهم .

يقول الإمام العز بن عبدالسلام في قواعده وهو في معرض بحثـه عـن المـشاق الموجبـة للتخفيف :

المشاق ضربـان :

أحـدهما : مشقة لاتنفك العبادة عنها كمشقة الوضوء والغسل في شدة البـرد ، وكمـشقة إقامـة الصلاة في الحر والبرد ولاسيما صلاة الفجر ، وكمشقة الصوم في شدة الحر وطـول النهـار ، وكمشقة الحج التي لا انفكاك عنها غالباً . وكمشقة الاجتهاد في طلب العلم والرحلة فيه .

---

(١) الموافقات للشاطبي ١٧٠/٢

وكذلك المشقة في رجم الزناة وإقامة الحدود على الجناة ولاسيما في حق الآبـاء والأمهـات والبنين والبنات فإن في ذلك مشقة عظيمة على مقيم هذه العقوبات بمـا يجـده مـن الرقـة والمرحمة بها للسراق والزناة والجناة من الأقارب والأجانب والبنين والبنات . ولمثل هذا قال تعالى : (ولا تأخذكم بهما رأفة في دين ا) [النور : ٢] .

وقال عليه الصلاة والسلام : "لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها" (متفق عليه) .

وهو ﷺ أولى بتحمل هذه المشاق من غيره لأن ا تعالى وصفه فـي كتابـه العزيـز بأنـه بالمؤمنين رؤوف رحيم .

فهذه المشاق كلها لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات ولا في تخفيفها ، لأنها لـو أثـرت لفاتت مصالح العبادات والطاعات في جميع الأوقات أو في غالب الأوقات ولفات مارتب عليهـا من المثوبات الباقية مادامت السماوات والأرض .

الضرب الثاني : مشقة تنفك عنها العبادات غالباً وهي أنواع :

النـوع الأول : مشقة عظيمة فادحة كمشقة الخوف على النفوس والأطراف ومنافع الأطراف . فهذه مشقة موجبة للتخفيف والترخيص ، لأن حفظ المهج والأطراف لإقامة مصالح الدارين أولى من تعريضها للفوات في عبادة أو عبادات ثم تفوت أمثالها .

النـوع الثـاني : مشقة خفيفة كأدنى وجع في أصبع أو صداع أو سوء مزاج خفيف ، فهـذا لا لفتة إليه ولا تعريج عليه لأن تحصيل مصالح العبادة أولى من دفع مثل هذه المشقة التي لايؤبـه بها .

النـوع الثالث : مشاق واقعة بين هاتين المشقتين ، مختلفة في الخفة والشدة . فما دنا منها من المشقة العليا أوجب التخفيف ، وما دنا منها من المشقة الدنيا لم يوجب التخفيف إلا عنـد أهـل الظاهر . (١)

أما فهم بعض الناس من النصوص السابقة بأن المشقة هي مناط الأجر في التكاليف فكلما كان التكليف ثقيلاً كلما كان الأجر كبيراً وبالعكس .

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ٢/٧ - ٨ .

فيقال لهم : لا خلاف في أن مايلاقيه المكلف من النصب والتعب في سبيل أدائه الفعل المكلف به مثاب عليه بدليل قوله تعالى في كتابه الكريم : (فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره) [الزلزلة : ٧]

ولكن هناك سؤال يعرض نفسه وهو :

هل المشقة أصل مقصود لتشريع الحكم لذلك كان مناطاً للأجر ؟ .

أم أن القصد من مشروعية الحكم هو تحقيق مصالح العباد دون النظر إلى المشقة إلا من حيث إن حكمة الله تعالى أن تكون وسيلة للقيام بتنفيذ أحكامه ؟ .

لاشك أن الغرض من تشريع الحكم هو تحقيق مصالح الناس في المقاصد الخمسة ، وما يراه الإنسان من مشقة لدى أدائه إنما هو في حكم الوسيلة إلى تلك المصالح . أي أن الله تعالى أراد أن تكون الوسيلة إلى أداء أمره بذل شيء لحكمة أرادها ، وعلى ذلك فالأجر الذي ناله المكلف على ذلك الجهد إنما يناله لأن مابذله وسيلة لتحقيق ما كلف به ، ومعلوم أن للوسائل حكم المقاصد نفسها ، لأنه لو كان الأجر والمثوبة على المشقة من حيث عينها لا من حيث إنها وسيلة لما قال تعالى : (وما جعل عليكم في الدين من حرج) [الحج : ٧٨] ، ولما قال : (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) [البقرة : ١٨٥] .

ولكنه ثبت قطعاً أن الله لم يشرع للناس المشقة والعسر ، ومن ناحية أخرى فقد ثبت بالأحاديث الصحيحة الصريحة أنه قد تكون هناك طاعة خفيفة على الإنسان لكن ثوابها عظيم وجزيل ، ومن هذا القبيل قول الرسول ﷺ : "كلمتان خفيفتان على اللسان ثقيلتان في الميزان حبيبتان إلى الرحمن : سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم" . (١)

ومن ذلك أيضا قوله ﷺ : "الإيمان بضع وسبعون شعبة ، أعلاها شهادة أن لا إله إلا الله وأدناها إماطة الأذى عن الطريق" . (٢)

فوجه الاستدلال من هذين الحديثين الشريفين هو أن القربات والأعمال الصالحة تتفاوت في الأجر عند الله حسب تفاوتها في الثمرات والنتائج ، لا حسب المشقة والنصب ، وإلا لكان إماطة الأذى عن الطرقات مثلاً أعظم أجراً من التلفظ بكلمة التوحيد .

---

(١) متفق عليه

(٢) متفق عليه .

ومن هنا يتأكد أن العبد يتقرب إلى ا بالفعل المأمور به ذاته وما شرع له الفعـل ثـم يـأتي تقربه بالمشقة إليه سبحانه وتعالى تبعاً لذلك .

يقول الإمام العز بن عبدالسلام في قواعده : "لايصح التقرب بالمشاق ، لأن القرب كلها تعظـيم للرب سبحانه وتعالى ، وليس عين المشاق تعظيماً ولا توقيراً .
ويدل على ذلك أن من تحمل المشقة في خدمة إنسان فإنه لايرى ذلك له لأجل كونه شق عليـه، وإنما يراه له بسبب تحمل مشقة الخدمة لأجله .

وذلك كالاغتسال في الصيف والربيع بالنسبة إلى الاغتسال في شـدة البـرد بالـشتاء ، فـإن أجرهما سواء لتساويهما في الفروض والسنن والأركان ، ويزيد أجر الاغتسال فـي الـشتاء لأجل تحمل مشقة البرد" . (١)

أما ماورد من النصوص لمن لايرى أن الأجر على قدر المشقة فيمكننا بنـاء علـى ماقررنـا سابقاً، وماورد في كلام العز بن عبدالسلام وتأصيله لقاعدة مهمة في المسألة . وانطلاقاً مـن تلك القاعدة يمكننا تأويل النصوص السابقة بصورة لاتؤيد رأي الفريق الذي يـرى أن الأجـر على قدر المشقة .

يقول العز بن عبدالسلام :
"لاينبغي للمكلف أن يتقرب إلى ا بعين المشقة ، وإنما يتقرب إليه بالفعل الذي أمر بـه نفـسه، وما شرع له الفعل وإنما يأتي تقربه بالمشقة التي تستلزمه تبعاً لذلك" .
ومفاد كلامه هو : أن مطلوب الشرع إنما هو مصالح العباد في دينهم ودنياهم وليـست المـشقة مصلحة بل الأمر بما يستلزم المشقة بمثابة أمر الطبيب المريض باستعمال الدواء المر فإنه ليس غرضه إلا الشفاء .
ولو قال القائل : كان غرض الطبيب أن يوجد مشقة ألم ومرارة الدواء ، لما حسن ذلـك فـيمن يقصد الإصلاح .

ولاشك أن المشاق من حيث إنها مشاق تسوء المؤمن وغيره وإنما يهون أمرها لمـا ينبنـي على تحملها من الأجر والثواب .

---

(١) (قواعد الأحكام ٣١/٢) .

إذن فالخلاصة :

إن القصد إلى المشقة ليس من مقاصد الشريعة الغراء لا الـضرورية منهـا ولا الحاجيـة ولا التحسينية ، وبناء على ذلك فليس للمكلف أن يجعلها غرضاً من أغراضه .

ويؤيد هذا فيمن نذر أن يصوم قائما في الشمس . فإن الرسول ﷺ أمره أن يتم صومه ونهاه عن القيام في الشمس وقال ﷺ : "هلك المتنطعون" . (١)

---

(١) التحرير في قاعدة المشقة تجلب التيسير للدكتور عامر الزيباري ١٢٥ - ١٣٤ بتصرف واختصار ، وللتوسع في هذا الموضوع ينظر كتاب : "ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية" للدكتور محمد سعيد رمـضان البـوطي ص ٩٩ - ١١٢ .

المطلب السادس : القواعد الفرعية المندرجة تحت قاعدة "المشقة تجلب التيسير"

يتفرع عن قاعدة (**المشقة تجلب التيسير**) قواعد كثيرة ذكرت في كتب القواعد الفقهية ، ومن أهم هذه القواعد هي :

القاعدة الأولى : "الأمر إذا ضاق اتسع"

إن هذه القاعدة مستخرجة من القاعدة السابقة (المشقة تجاب التيسير) وبينهما تقارب في المآل، فإن المقصود بضيق الأمر هو المشقة . ولقد قال الإمام العز بن عبدالسلام منوهاً بهذه القاعدة : "هذه الشريعة مبنية على أن الأشياء إذا ضاقت اتسعت" . (١)

والمقصود بالاتساع هو التيسير . أي إذا ضاقت المسالك على المكلف اتسعت له فسحة التيسير والتسهيل قال تعالى : (إن مع العسر يسراً) [الانشراح : ٦] .

وهذه القاعدة هي قول للإمام الشافعي - رحمه ا - (٢)

وعكسها "إذا اتسع الأمر ضاق"

أي إنه إذا زالت مقتضيات الضرورة عاد الحكم الأصلي إلى الوجود وهذا استناداً إلى قاعدة أخرى وهي :

"ماتجاوز عن حده انعكس إلى ضده" أو "ماجاز لعذر يبطل بزواله" . (٣)

والقاعدة الثانية هي : "إذا اتسع الأمر ضاق" بمثابة قيد للأولى ، فإنه إذا دعت المشقة إلى اتساع الأمر ، فإنه يتسع إلى غاية اندفاع المشقة ؛ ثم الأمر يعود إلى مجراه السابق بعدما تزول تلك المشقة .

---

(١) قواعد الأحكام ١١٣/٢ .

(٢) الأشباه والنظائر ، للسيوطي ص ٨٣

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٢٣ . أي هي قاعدة طردية عكسية .

سئل الإمام الشافعي عن الأواني المعمولة بالسرجين ، أيجوز الوضوء منها ؟ فقال : إذا ضاق الأمر اتسع . "قال الزركشي تعليقا على ذلك : ويؤخذ من هذه العبارة أن من وجد غيرها من الأواني الطاهرة لايجوز له استعمالها ، ومن لم يجد غيرها جاز له استعمالها للحاجة ، كأواني الذهب والفضة يجوز استعمالها عند الحاجة" . (١)

ومن أهم الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة هي :

إن الإنسان المدين المعسر تؤخر مطالبته إلى وقت الغنى أو يسقط عنه الدين ، وذلك لقوله تعالى : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) [البقرة : ٢٨٠] .

أدلة هذه القاعدة :

وقد وردت أدلة من الكتاب والسنة على هذه القاعدة وعكسها .

أولا : من الكتاب : قوله تعالى :

(وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا إن الكافرين كانوا لكم عدواً مبيناً ، واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة فلتقم طائفة منهم معك وليأخذوا أسلحتهم فإذا سجدوا فليكونوا من ورآئكم ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم ود الذين كفروا لو تغفلون عن أسلحتكم وأمتعتكم فيميلون عليكم ميلةً واحدةً ولا جناح عليكم إن كان بكم أذى من مطر أو كنتم مرضى أن تضعوا أسلحتكم وخذوا حذركم إن الله أعد للكافرين عذاباً مهيناً ، فإذا قضيتم الصلاة فاذكروا الله قياما وقعوداً وعلى جنوبكم فإذا اطمأننتم فأقيموا الصلاة إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً. [النساء : ١٠١ - ١٠٣] .

ووجه الدلالة أن في الآيتين الأوليين دليل القاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع" فقد خفف الله عن المؤمنين في حال الخوف فأباح لهم صلاة الخوف .

وفي الآية الثالثة دليل على قاعدة "إذا اتسع الأمر ضاق" فقد أمر سبحانه وتعالى عند الاطمئنان وزوال الخوف بإتمام الصلاة وأدائها على كيفيتها الأصلية .

---

(١) فواعد الزركشي ١٢١/١ .

ثانيا : من السنة

ماورد عن عائشة : دف الناس إلى المدينة من أهل البادية حضرة الأضحية في زمان رسـول ا ﷺ : فقال ﷺ : "ادخروا الثاث وتصدقوا بما بقي" . قالت : فلما كان بعد ذلك قيل لرسـول ا ﷺ : يارسول ا لقد كان الناس ينتفعون من ضحاياكم يجملون - أي يـذيبون - منهـا الودك - أي السمن - ويتخذون منها الأسقية . فقال ﷺ : "وماذاك ؟" . قالوا : يارسـول ا نهيت عن إمساك لحوم الأضاحي بعد ثلاث . فقال رسول ا ﷺ : "إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا" . (١)

وفي رواية عن نبيشة الهذلي قال : قال رسول ا ﷺ : "إنا كنا نهينـاكم عـن لحومهـا أن تأكلوها فوق ثلاث لكي تسعكم ، فقد جاء ا بالسعة فكلوا وادخروا واتجروا" .

فقد نهى رسول ا ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث أو فوق الثاث لما ضـاق الأمـر على المسلمين للحاجة حينما دفت الدافة ، فلما اتسع الأمر وزالت الحاجة رجـع الأمـر إلـى أصله، فأباح لهم الادخار والانتفاع كما كانوا قبل ذلك .

فإذاً لاتقتصر دلالة هذين الحديثين على الترخص عند الطوارىء ، بل يدلان أيضاً على جـواز نوع من التضييق على الناس لصالح أناس آخرين عند الحاجة الماسة إلى ذلك ، فـإذا زالـت تلك الحاجة رجع الأمر إلى ماكان عليه قبل نزول تلك الحاجة .

ومن فروع هذه القاعدة وأمثلتها :

- المدين إذا كان معسراً ولا كفيل له بالمال يترك إلى وقت الميسرة ، واذا لم يقدر على ايفاء الدين جملة يساعد على تأديته مقسطاً .
- ومنها الأعذار الموجبة لفسخ الإجارة دفعاً للضرر .
- ومنها جواز الإجارة على الطاعات كتعليم القرآن والأذان والإمامـة حفظـاً للـشعائر مـن الضياع.

(١) رواه أبو داود ٢٨١٢ .

القاعدة الفرعية الثانية: "الضرورات تبيح المحظورات"

يعني أن حالة الاضطرار الشديد تبيح ارتكاب المنهي عن فعله شرعاً بقدر دفع الضرورة ودون تجاوزها ، فالحاجة الشديدة والاضطرار مشقة تتطلب التيسير والتخفيف ورفع الحرج .

وقد يكون الفقهاء سلكوا في هذه القاعدة ضمن مايتفرع عن قاعدة (لاضرر ولا ضرار) ذلـك لأن الاضطرار الشديد ضرر يجب أن يزال .

والأدلة على هذه القاعدة كثيرة منها :

١- قوله تعالى : (فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثم عليه) [البقرة : ١٧٥] .

٢- قوله تعالى : (فمن اضطر في مخمصةٍ غير متجانفٍ لإثمٍ فإن ا   غفور رحيم) [المائدة : ٣] .

٣- قوله تعالى : (وقد فصل لكم ماحرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) [الأنعام : ١١٩] .

فالقاعدة مستفادة من استثناء القرآن الكريم حالات الاضطرار في ظروف استثنائية خاصة

٤- وكذلك قول ا   عز وجل : (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) فاللجوء إلى محظور عنـد الاضطرار ، والنطق بكلمة الكفر عند الإكراه مما عفا ا   العباد عنه ، وسوغه لهم بـإنزال آيات مبينة .

فهذه القاعدة تعتبر من الأصول المحكمة الأصلية في بناء الفقه الإسلامي . وهي دليل فـي ذاتها على مرونة الفقه ، ومدى صلاحيته ، واتساعه لحاجات الناس .

معنى القاعدة :

أ – في اللغة : الضرورات جمع ضرورة مأخوذة من الاضطرار وهو الحاجة الشديدة .

والضروري هنا ما لايحصل وجود الشيء إلا به كالغذاء الـضروري بالنـسبة للانـسان (مفردات الراغب ص ٢٩٤) .

والمحظورات جمع محظورة والمراد بها هنا الحرام المنهى عن فعله .

ب – ومعنى القاعدة اصطلاحاً

"إن الممنوع شرعاً يباح عند الحاجة الشديدة - وهي الضرورة" .

والمقصود بالإباحة في القاعدة هنا : رفع الإثم والمؤاخذة في يوم القيامة ، وتعني كـذلك رفع العقاب الجنائي في حالة الدفاع عن النفس والإكراه على الزنا .

أما إذا كان المحظور يتعلق بحق مالي ، فإن الضرورة وإن كانت قد أبيح فعلها لاتمنع من ضمانه وهذا استناداً إلى قاعدة (الاضطرار لايمنع حق الغير) .

أنواع الرخص التي تتخرج على قاعدة الضرورة .

الرخص التي تتخرج على قاعدة الضرورة ثلاثة أنواع :

النوع الأول : يفيد إباحة المرخص به - أي تغيير حكم الفعـل ووصـفه - مادامـت حالـة الضرورة قائمة ، وذلك كأكل الميتة للمضطر بقدر دفع الهلاك عند المجاعـة ، وأكل الخنزير ، وإساغة اللقمة عند الغصة بالخمر ، أو عند العطش ، أو عنـد الإكراه التام بقتل أو قطع عضو - لأن الاضطرار كما يتحقق بالمجاعة يتحقـق بالإكراه التام لا الناقص . فهذه الأشياء تباح عند الاضطرار لقوله تعـالى : (إلا مـا اضطررتم إليه) أي دعتكم شدة الحاجة لأكلها ، والاستثناء من التحريم إباحة . وكما رأينا فإن الاضطرار كما يتحقق بالمجاعة يتحقق أيضاً بـالإكراه التـام ، فيباح التناول - وقد يصبح واجباً - ويحرم الامتناع حتى لو امتنع حتى مات أو قتل كان آثما لأنه بالامتناع صار ملقياً بنفسه إلى التهلكة وقد نهى عن ذلك.

وأما إن كان الإكراه ناقصاً كحبس أو ضرب لايخاف منه التلف فلا يحل له أن يفعل .

النوع الثاني : نوع من الرخص لاتسقط حرمته بحال - أي أن الفعل يبقى حراما لكن رخص في الإقدام عليه لحالة الضرورة كإتلاف مال المسلم أو القذف فـي عرضـه أو اجراء كلمة الكفر على لسانه مع اطمئنان القلب بالايمان - إذا كان الاكراه تاماً - فهذه الأفعال في نفسها محرمة مع ثبوت الرخصة ، فأثر الرخصة في تغييـر حكم الفعل وهو المؤاخذة فقط - لا في تغيير وصفه - أي حرمته . والامتنـاع عن الفعل - في هذا النوع - أفضل حتى لو امتنع فقتل كان مأجوراً .

النوع الثالث : أفعال لاتباح بحال ولا يرخص فيها أصلاً لا بالإكراه التـام ولا غيـره كقتـل المسلم أو قطع عضو منه أو الزنا أو ضرب الوالدين أو أحدهما ، فهذه الأفعـال لا يباح الإقدام عليها ولا ترتفع المؤاخذة ولا الإثم لو فعل مع الإكراه ، لأنه قـد تعارض هنا مفسدتان روعي أشدهما بارتكاب أخفهما : فقتل المسلم أشـد مـن تهديده بالقتل ، ولو قُتِل في هذه الحالة كان مأجوراً ولو قَتَل كان ظالماً .

لكن لو قتل في هذه الحال هل يقتص منه أو من المكره أو من كليهما ؟ خـلاف بين الفقهاء ، ولو زنا تحت الإكراه التام فإنه يسقط عنه الحد للشبهة لكن لا يرفع الإثم .

وعلى هذا :

فالضرورة في النوع الأول : ترفع حكم الفعل وصفته ، فالفاعل لايؤاخذ ولا يأثم لأن الفعل أصبح مباحاً بل واجباً كما رأينا ، ولكن لو اضطر لأكل مال الغير فعليه ضمانه لأن الاضطرار لايبطل حق الغير كما سبق وكما سيأتي .

والنوع الثاني : ترفع الضرورة فيه المؤاخذة فقط ، فالفاعل لايأثم لكن لاترفع الضرورة صفة الفعل ولا الضمان ، إذ يبقى الفعل حراماً .

والنوع الثالث : لاترفع الضرورة فيه المؤاخذة ولا الصفة ولا الضمان ، ولكن يدرأ الحد بالشبهة . وبناء على ذلك فهذه القاعدة لاتتناول النوع الأخير لأنه لايباح بحال من الأحوال فهو مستثنى من هذه القاعدة ، ولكن يذكر هنا لبيان خروجه حتى لايلتبس بالنوعين الأوليين ، ولأن بعض فروعه ومسائله وقع فيها الخلاف بين الفقهاء .

فالقاعدة إنما تتناول النوع الأول مع ثبوت إباحته ، والنوع الثاني مع بقاء حرمته ، والترخيص إنما هو في رفع الإثم كنظر الطبيب إلى ما لا يجوز انكشافه شرعاً من مريض أو جريح في رفع الإثم لا الحرمة، وكالاضطرار لأكل مال الغير عند المخمصة فإنه لايسقط حرمة مال الغير بل يسقط الإثم ويجب عليه ضمانه أو الاستحلال من صاحبه . (١)

ومما بني على هذه القاعدة :

- أخذ رب الدين من مال المدين الممتنع من أداء الدين بغير إذنه إذا ظفر بجنس حقه .
- وجاز دفع الصائل - المعتدي - ولو أدى ذلك الدفع إلى قتله إن لم يمكن الدفع بدونه وللمسألة صور ينبني عليها أحكام متعددة .

استدراك على القاعدة :

زاد الشافعية على هذه القاعدة قيداً وهو - عدم نقصان الضرورة عن المحظور ، إذ قالوا : "الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها" .

وهذا في الحقيقة يندرج تحت القاعدة القائلة "باختيار أهون الضررين" .

---

(١) الوجيز ، للدكتور بورنو ١٧٦ - ١٧٩

القاعدة الفرعية الثالثة : "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها" أو "الضرورات تقدر بقدرها"

هذه القاعدة تعتبر قيداً لسابقتها أي أن كل فعل أو ترك جوز للضرورة فلا يتجاوز عنها .

من فروع هذه القاعدة وأمثلتها :

- اذا ظهر للحاكم مماطلة مدين في أداء دينه - مع اقتداره - وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه ، حجر الحاكم على ماله ، وأمره ببيعه لإيفاء الدين ، واذا امتنع باع عليه الحاكم بدءاً بما هو أهون في حق المدين بتقديم النقود أولاً ، فإن لم تف بسداد الدين باع العروض ، فان لم تف باع العقار ، لأن الضرورة تقدر بقدرها .
- واذا اضطر محارب في دار الحرب إلى الطعام أخذ من الغنيمة قبل القسمة على سبيل الحاجة ، وبعد الخروج من دار الحرب لايجوز له ذلك ، ويجب عليه رد ما فضل إلى الغنيمة، لأن الانتفاع يكون بقدر الضرورة .

القاعدة الفرعية الرابعة : "ماجاز لعذر بطل بزواله"

ومعناها قريب من القاعدة السابقة "الضرورة تقدر بقدرها" .

أي أن ماقام على الضرورة يزول بزوال هذه الضرورة ، لأن جوازه لما كان لعذر فهو خلف عن الأصل المتعذر ، فإذا زال العذر أمكن العمل بالأصل ، فلو جاز العمل بالخلف أيضاً لزم الجمع بين البدل والمبدل منه ، فلا يجوز ، كما لا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز ، فمعنى البطلان هنا شامل لسقوط اعتباره من حيث إنه يصير في حكم العدم ، ولوجوب الانسلاخ منه وتركه .

وعكس هذه القاعدة : "ماجاز لعذر بطل بزواله" قاعدة : "إذا زال المانع عاد الممنوع" .

مفهوم القاعدة : أن ماشرع من الأحكام في الأصل وقد امتنعت مشروعيته بمانع عارض ، فإذا زال المانع عاد حكم مشروعيته .

فهي تفيد حكم ما امتنع لسبب ، ثم زال السبب المانع ، عكس القاعدة السابقة "ما جاز لعذر بطل بزواله" فإنها تفيد حكم ماجاز بسبب ثم زال .

ومما يتخرج على القاعدة :

لو انهدمت الدار المأجورة ، سقطت الأجرة . فإذا بناها المؤجر في المدة قبل أن يفسخ المستأجر الإجارة عادت في المستقبل . (١)

---

(١) انظر : شرح القواعد الفقهية ، للعلامة أحمد الزرقا ص ١٣٧ .

القاعدة الفرعية الخامسة: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"

المراد بالحاجة هنا ماكان دون الضرورة ، لأن مراتب مايحرص الشرع على توفيره للإنسان ثلاث :

الأولى : الضرورة ، وهي بلوغ الانسان حداً إذا لم يتناول الممنوع عنده هلك أو قارب . وهذا يبيح تناول الحرام ، كما فصل في قاعدة سابقة .

الثانية : الحاجة ، وهي بلوغ الانسان حداً لو لم يجد مايأكله لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة ، فهذا لايبيح الحرام ، ولكنه يسوغ الخروج على بعض القواعد العامة ويبيح الفطر في الصوم .

الثالثة : الكمالية أو التحسينية ، وهي مايقصد من فعله نوع من الترفه وزيادة في لين العيش دون الخروج عن الحد المشروع .

وماعدا ذلك فهو زينة وفضول .

فإذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع من الناس أو خاصة بشخص ما نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة في جواز الترخيص لأجلها ، أي أنها تؤثر في الأحكام فتبيح المحظور وتجيز ترك الواجب ، مما يستثني من القواعد الأصلية .

من فروع هذه القاعدة وأمثلتها :

- **مشروعية الإجارة والجعالة والحوالة والسلم** ونحوها جوزت على خلاف القياس لعموم الحاجة إلى ذلك ، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة ، لأن الإجارة والسلم بيع معدوم - وبيع المعدوم باطل - ولكنه جوز هنا لحاجة الناس ، والجعالة فيها جهالة . وفي الحوالة بيع دين بدين وهو ممنوع ولكنه جوز هنا لعموم الحاجة .

- **ومنها :** إباحة ربا الفضل فيما تدعو إليه الحاجة كالعرايا (وهي بيع الرطب بالتمر) فهذا البيع مشتمل على الربا ، لأن التمر والرطب من جنس واحد ، أحدهما أزيد من الآخر زيادة لايمكن فصلها وتمييزها ، ولايمكن جعل الرطب مساوياً للتمر عند كمال نضجه ،

لكن جاءت السنة النبوية مبيحة له للحاجة للحديث أن رسول ا صـلى ا عليـه وسـلم رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا . (١)

- **ومنها جواز الاستصناع -** وهو عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئا - مثـل أن يقول لصانع - كخياط مثلاً - اصنع لي ثوباً ، أو خِط لي ثوباً من هذا القماش بهذه الـصفة وبهذا الثمن ، فيصح ، أو ابن لي بيتاً على هذا المخطط .

- **ومنها ضمان الدرك -** وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع - إذ البائع إذ بـاع مالك نفسه ، ليس ما أخذه من الثمن ديناً عليه حتى يضمن ، ولكن جوز على خلاف القيـاس للجهالة من المكفول به للحاجة إليه . (٢)

- **طريق ضاقت بالمارة كثيراً حتى تحرجوا في المرور فيه ،** ولم يتمكن من التوسيع فيهـا إلا بأخذ أرض رجل ، ولكن الرجل رفض بيع أرضه فيجوز لولي الأمر أخذها منه قهراً بـثمن المثل لأن توسيع الطريق مصلحة حاجية عامة والمحافظة على ملكية الرجل مصلحة حاجيـة خاصة ، وتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض فأبيح ذلك .

- **الصلح إنقاص للحق ،** ويترتب عليه أخذ مال الغير بدون وجه مشروع ، وهو جائز ، لأنـا إذا أجمعنا على بذل المال بغير حق في فداء الأسرى والمخالعة والظلمة والمحاربين ، فكذلك ههنا لدرء الخصومة . (٣)

---

(١) رواه البخاري ٣٩٠/٤ ، ومسلم ١١٦٩/٣ .

(٢) الوجيز ، للبورنو ص ١٨٤

(٣) هامش الفروق ٨/٤ .

القاعدة الفرعية السادسة : "الاضطرار لا يبطل حق الغير"

هذه القاعدة تعتبر قيداً لقاعدة "**الضرورات تبيح المحظورات**"

لأن الاضطرار وإن كان في بعض المواضع يقتضي تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة كأكل الميتة ، وفي بعضها يقتضي الترخيص في فعله مع بقاء حرمته ككلمة الكفر . إلا أنه على كل حال لايبطل حق الآخرين ، وإلا كان من قبيل إزالة الضرر بالضرر وهذا غير جائز.

من فروع هذه القاعدة وأمثلتها :

- اذا استأجر شخص قارباً أو حصاناً ساعة من الزمن وبعد أن وصل إلى عرض البحر بالقارب أو مسافة بعيدة بالحصان وانقضت مدة الإجارة فبمقتضى العقد يجب على الراكب أن يبارح القارب أو ينزل عن الحصان ويسلمه إلى صاحبه ، إلا إذا رضي المؤجر أن يؤجره ثانية لكن بما أنه يوجد هنا اضطرار فصاحب السفينة أو الحصان مجبر على أن يبقى المستأجر في القارب حتى يخرج به إلى البر ، أو على ظهر الحصان حتى يرده إلى منزله ، ولكن هذا الاجبار لايمنع المؤجر من أن يطالب المستأجر بدفع أجرة المثل عن المدة الزائدة (١)

- لو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه . (٢)

---

(١) المنثور ٣٢٩/٢ ، قواعد ابن رجب ٣٩/١ .

(٢) الوجيز في ايضاح القواعد للدكتور محمد صدقي البورنو ص ١٨٦ .

القاعدة الفرعية السابعة : "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"

١- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

٢- إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما

٣- يختار أهون الشرين .

هذه القواعد الثلاث التي تفيض بذكرها كتب الفقهاء والأصوليين كلها متحدة تفضي إلى مفهوم واحد ، فمن الجدير بأن تذكر في سياق واحد حتى نتحاشى من التكرار بقدر الامكان . (١)

والمراد منها أن الانسان إذا اضطر لارتكاب أحد الفعلين دون تعيين أحدهما مع اختلافهما في المفسدة لزم عليه أن يختار أخفهما ضرراً ومفسدةً لأن مباشرة المحظور لاتجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة .

وإن لهذه القواعد سنداً قوياً في كتاب ا والسنة المطهرة. وهي تمثل روعة التشريع في رفع الحرج وإزالة الضرر عن العباد وتتخرج عليها مسائل هامة في الفقه الإسلامي ومن تلك الأمثلة :

"لو خِيْف ثوران الفتنة من أهل العرامة في بلاد الإسلام ، فيجوز للإمام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند ، ثم إن رأى في طريق التوزيع التخصيص بالأراضي فلا حرج . لأنا نعلم أنه إذا تعارض ضرران دفع أشدهما ، ومايؤديه كل واحد منهم قليل بالاضافة إلى مايخاطر به من نفسه وماله لو خلت خطة الإسلام عن ذي شوكة يحفظ نظام الأمور، ومايقطع مادة الشرور" (٢)

وقد ساق الإمام عز الدين فروعاً كثيرةً تتعلق بهذه القواعد وعالجها معالجة قويةً مع ذكر الأدلة والشواهد . (٣)

---

(١) القواعد الفقهية للندوي ص ٣٥٠ - ٣٥٢)

(٢) الإبهاج للسبكي ١٨٢/٣

(٣) قواعد الأحكام ٨٣/١ ، وانظر القواعد الفقهية للندوي ٢٧٦ - ٢٨٠ .

القاعدة الفرعية الثامنة : "إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل"

هذه القاعدة من القواعد المشهورة في الفقه الإسلامي . وحكمة مشروعيتها تيسير الطاعـات للعباد . كما يفهم من استقراء النصوص التي اعتبرت هذه القاعدة .

وقد ذكر هذه القاعدة الإمام الحصيري فقال : "إن بدل الشيء قائم مقام أصله ، فكـان حكمـه حكم المبدل تحقيقاً لقيامه مقامه" (١) لأن المصير إلى البدل إنما يجوز عند عدم الأصل .

ولما كان إتيان البدل عند تعذر الأصل رخصة كانت هـذه القاعـدة مندرجـة تحـت قاعـدة "**المشقة تجلب التيسير**" ومتفرعة عليها .

دليل هذه القاعدة :

لهذه القاعدة أدلة كثيرة من كتاب الله :

١- منها قوله تعالى : (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر ، وعلى الـذين يطيقونه فدية طعام مسكين) [البقرة : ١٨٤] .

٢- وقوله تعالى : (فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم ، تلك عشرة كاملة) [البقرة : ١٩٦] .

٣- قوله تعالى : (حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى وقوموا لله قـانتين ، فـإن خفـتم فرجالاً أو ركباناً ، فإذا أمنتم فاذكروا الله كما علمكم ما لم تكونوا تعلمون) [البقرة : ٢٣٩] .

٤- وقوله تعالى : (ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن مـا ملكـت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات) [النساء : ٢٥] .

٥- وقوله تعالى : (وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغـائط أو لامـستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم) [النساء : ٤٣] .

٦- وقوله تعالى : (واذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) [النساء : ١٠١] .

ففي كل هذه الآيات كان الأصل عزيمة ولما شق أداؤه وتعسر خفف الله سبحانه عـن عبـاده بالانتقال إلى البدل وهو الرخصة لأن المشقة تجلب التيسير .

---

(١) القواعد للإمام الحصيري ص ٢١٢

معنى القاعدة :

المراد بالأصل هنا مايجب أداؤه - أي العزيمة - ولكن إذا تعذر أو تعسر وشق على المكلف ولم يمكنه إيفاء الأصل بالفوات أو التفويت ينتقل الحكم إلى البدل - أي الرخصة - .

ومعنى الأداء : تسليم عين الواجب ، ويكون في حقوق الله تعالى كالصلاة على وقتها وصوم رمضان ، ويكون في حقوق العباد كرد المغصوب دون نقصان ، وتسليم عين المبيع إلى المشتري .

أنواع الأداء :

الأداء ثلاثة أنواع :

أ – **أداء كامل :** كالصلاة على وقتها في جماعة . ورد المغصوب دون نقصان .

ب – **أداء ناقص :** كالصلاة منفرداً . أو رد المغصوب وقد شغل بجناية أو دين .

ج – **أداء يشبه القضاء :** كما لو جعل عبد غيره مهراً . ثم اشتراه وسلمه لها ، فإنه أداء من حيث إنها تجبر على قبوله ، وهو شبيه بالقضاء لأنه قبل التسليم ملكه ينفذ فيه اعتاقه دون إعتاقها ، ولو كان ذا رحم محرم منها لايعتق عليها ، ولأنه في معنى المثل إذ أن تبدل الملك يوجب تبدلاً في العين .

يقابل الأداء - وهو الإتيان بالأصل - القضاء وهو الإتيان بالخلف أو البدل .

والقضاء قسمان :

أ - قضاء كامل : كمن اغتصب حنطة واستهلكها ، فعليه مثلها أو قيمتها .

ب - قضاء قاصر : كمن يؤدي قيمة مغصوب قيمي بدلاً عنه لأنه مثل غير معقول .

أنواع البدل :

والأبدال التي يصار إليها عند العجز ثلاثة أنواع :

أ – **الأول :** نوع بدل ينتقل إليه عند العجز مع إمكان القدرة على الأصل مستقبلاً ولكن يتعلق بوقت يفوت بفواته .

ب – **الثاني :** نوع بدل لايتعلق بوقت يفوت بفواته ولا يضر تأخيره .

ج – **الثالث :** مايحتمل الوجهين مثل كفارة الظهار .

من فروع هذه القاعدة وأمثلتها :

"لو دفع إلى رجل أرض عشر على أن يزرعها ببذره وعمله بالنصف ، فاستحصد الـزرع ، ولم يحصد حتى استهلكه رجل أو سرقه ، وهو مقر به ، فلا عشر على واحد منهمـا حتـى يؤدي المستهلك ما عليه ، وما أدى من شيء كان على رب الأرض عشره فـي قـول أبـي حنيفـة رحمه ا ، سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الأرض ؛ لأن حكم البدل حكم المبدل" . (١)

لما كان الأصل في إثبات الأحكام هو البينة الشرعية ، فإذا تعذرت البينة ينتقل إلى بـدلها ، فالعمل بالاستصحاب إنما يصار إليه عند وجود الأصل وهو البينة فهو بدل عنها .

والرجوع إلى تعامل القائمين السابقين على الوقف بدل من البينـة الـشرعية أو التـسجيل لشروط الوقف في ديوان القضاء إذا اختلف أهل الوقف في شرط الواقف .

وكذا تحكيم مهر المثل إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر ولا بينة لأحدهما .

وكذلك اختلاف المتبايعين في مقدار الثمن أو جنسه .

وفي كل موضع يكون القول فيه لأحد المتخاصمين مع يمينه يكون بدلاً عـن الأصـل وهـو البينات الشرعية . (٢)

---

(١)المبسوط ٩٩/٢٣) نقلاً عن كتاب القواعد والضوابط المستخلصة من كتاب "التحرير" للإمام الحصيري ص ٢١٢ - ٣١٣ .

(٢) شرح المجلة للأتاسي ١٢٩/١ .

القاعدة الفرعية التاسعة : "الميسور لايسقط بالمعسور"

دليل هذه القاعدة :

١- قوله تعالى : (لايكلف ا   نفساً إلا وسعها) [البقرة : ٢٨٦] .

٢- قوله ﷺ : "إذا أمرتكم بشيء فخذوا منه ما استطعتم" (رواه ابن ماجه عن أبي هريرة) .

قال الدكتور علي أحمد الندوي في كتابه القيم (القواعد الفقهية) . (١)

هذه قاعدة مهمة من قواعد الفقه تمسك بها جماهير الفقهاء .
نص عليها الجويني - رحمه ا   - في كتابه "الغياثي" فقال : "إن المقدور عليه لايسقط المعجوز عنه ... وانها من الأصول الشائعة التي لاتكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة" . (٢)

وقد تعرض لذكرها الإمام عز الدين في "القواعد" مع بيان بعض الفروع لها ؛ يقول : "إن من كلف بشيء من الطاعات، فقدر على بعضه وعجز عن بعضه فإنه يأتي بما قدر عليه، ويسقط عنه مايعجز عنه" (٣)
ومبنى هذه القاعدة على التيسير والاعتدال ؛ فهي مستقاة من الأدلة التي تنص على رفع المشقة عن العباد مع الإتيان بما هو في المستطاع .

يقول الإمام ابن تيمية مشيراً إلى هذه القاعدة :
"فإن أصول الشريعة تفرق في جميع مواردها بين القادر والعاجز ، والمفرط والمعتدي ومن ليس بمفرط ولا معتدٍ ؛ والتفريق بينهما أصل عظيم معتمد ، وهو الوسط الذي عليه الأمة الوسط ، وبه يظهر العـدل بين القولين المتباينين" (٤) انتهى .

معنى القاعدة :

"إن الأمر الذي يستطيع المكلف فعله وهو يسير عليه لايسقط بما شق فعله عليه أو عسر" .

مثال على هذه القاعدة :

لو عجز عن سداد كل الدين أدى ماقدر عليه ، ولو عجز عن سداده دفعة أداه مقسطاً .

---

(١) ص ٣٩٨ .

(٢) الغياثي للجويني ص ٤٦٩ .

(٣) قواعد الأحكام ١٩٢٦/٢ .

(٤) مجموع الفتاوي ١٤١/٢١

القاعدة الفرعية العاشرة : "ما لا يمكن التحرز عنه ، يكون عفواً" أو "ما لا يستطاع الامتناع عنه ، فهو عفو"

هذه القاعدة مستنبطة من استقراء النصوص الشرعية المتضافرة التي نصت على رفع الحرج عن العباد ، بقدر الإمكان ، مثل قوله تعالى : (لايكلف الله نفساً إلا وسعها) .
وهي متبعة في العبادات والمعاملات .

وهذه القاعدة ذكرها الدكتور علي أحمد الندوي في كتابه القيم (١) أنقلها بتمامها لعظيم فائدتها وكبير أهميتها :

قال الإمام الحصيري - رحمه الله - في كتاب "الإجارات" : وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب ، فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما ، فإذا تخرق ، تبين أنه لم يأت بالحفظ السليم ، فكان مخالفا موجب العقد كما في الدق ؛ فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق ، فإذا تخرق ، كان ضامنا . وهذا في الأجير بالحفظ ، ظاهر . وكذلك في القصار والحمال وغيرهما ، فانه لايتوصل إلى اقامة العمل إلا بالحفظ ، والعمل مستحق عليه ، ومالا يتوصل إلى المستحق إلا به ، يكون مستحقاً ؛ والمستحق بالمعاوضة : السليم دون المعيب ؛ والبدل وإن لم يكن بمقابلة الحفظ هنا ، لكن لما كان مستحقا بعقد المعاوضة، يعتبر فيه صفة السلامة، كأوصاف المبيع إلا أن مالايمكن التحرز عنه ، يكون عفواً" . (٢)

أمثلة هذه القاعدة :

١- إذا دفع المودع الوديعة إلى بعض من في عياله ، من زوجته أو ولده أو والديه ، فلا ضمان عليه إذا هلكت استحساناً ...

---

(١) "القواعد والضوابط المستخلصة" من "التحرير" للامام الحصيري شرح الجامع الكبير ص ٤٥٦ - ٤٦٠
(٢) المبسوط ١٠٣/١٥ .

ووجه الاستحسان : أن المطلوب منه حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفـسه ، والانسان يحفظ مال نفسه بيد من في عياله ... ، لأنه لايجد بداً من هذا ، فإنه إذا خرج من داره في حاجته ، لايمكن أن يجعل الوديعة مع نفسه ، واذا خلفها في داره ، صارت في يد امرأته حكما، وما لايمكن الامتناع عنه ، فهو عفو . (١)

٢- "الوكيل بالشراء لايملك الشراء في حق الموكل بالغبن الفاحش ، لما فيه من التهمة أنه باشر التصرف لنفسه ، ثم لما علم بالغبن : أراد أن يلزمه الموكل ، فإذا نفذ العقد عليه ، ضمن للموكل كل دراهمه ، لأنه قضى بدراهمه دين نفسه . فإن أسلمها في حنطـة - يكون نقصانها عن رأ س المال ، مما يتغابن الناس في مثله - جاز على الموكـل ، لأن هذا العذر لايستطاع الامتناع عنه ، إلا بحرج ؛ فكان عفواً في تصرفه لغيره شراء كان ؛ أو بيعاً" . (٢)

"روي عن محمد رحمه ا ، قال : إذا وضع القصار السراج في الحانـوت ، فاحتـرق به الثـوب من غير فعله ، فهو ضامن ، لأن هذا مما يمكن التحرز عنه فـي الجملـة ؛ وإنما الـذي لايضمن به : الحرق الغالب الذي لايمكن التحرز عنه ولايتمكن هو مـن إطفائه" (٣)

٣- لو استأجر رحى ماء بمتاعها ؛ فإن قل الماء حتى أضر به في الطحن ، وهو يطحن مـع ذلك ، فإن كان ضرراً فاحشاً ، فهو عيب فيما هو المقصود ، فيتمكن لأجلـه مـن فـسخ العقد، وإن لم يفسخ ، كان الأجر واجباً عليـه ، لبقاء تمكنه من الانتفاع ورضاه بالعيب ، وإن كان غير فاحش ، فالإجارة لازمة لـه ؛ لأنه لما استأجر الرحى في الابتداء مع علمه أن الماء يزداد تارة وينتقص أخرى : فقد صار راضياً بالنقصان اليسير ، ولأن مالم يمكن التحرز عنه، عفو . (٤)

---

(١) المبسوط ١٠٩/١١ ، ١١٠ .

(٢) المبسوط ٢٠٨/١٢

(٣) المبسوط ١٠/١٦ .

(٤) المبسوط ١٦/١٦ .

القاعدة الفرعية الحادية عشرة : "المجهول في الشريعة كالمعدوم والمعجوز عنه"

هذه إحدى القواعد المبنية على أساس التيسير ورفع الحرج ؛ قد ذكرها الإمام ابن تيمية في مواضع كثيرة ، وعبر عنها العلامة ابن رجب بالصيغة التالية : "ينزل المجهول منزلة المعدوم ، وإن كان الأصل بقاءه ، إذا يئس من الوقوف عليه أو شق اعتباره" . (١)

وقد ساق ابن تيمية - رحمه ا - أدلةً كثيرةً في إثبات هذه القاعدة وبيان سندها في الشرع فمنها : قول ا تبارك وتعالى (لايكلف ا نفساً إلا وسعها) ، وقوله تعالى : (فاتقوا ا ما استطعتم) ، وقال النبي صلى ا عليه وسلم : "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم" .

ثم قال تفسيراً للآيتين وشرحاً للحديث : "فا إذا أمرنا بأمر كان ذلك مشروطاً بالقدرة عليه ، والتمكن من العمل به ، فما عجزنا عن معرفته ، أو عن العمل به سقط عنا ، ولهذا قال النبي ﷺ في اللقطة : فإن جاء صاحبها فأدها إليه ، وإلا فهي مال ا يؤتيه من يشاء . (٢)

فهذه اللقطة كانت ملكاً لمالك ، ووقعت منه ، فلما تعذر معرفة مالكها ، قال النبي ﷺ : هي مال ا يؤتيه من يشاء .

فدل ذلك على أن ا شاء أن يزيل عنها ملك ذلك المال ، ويعطيها لهذا الملتقط الذي عرفها سنةً. ولا نزاع بين الأئمة أنه بعد تعريف السنة يجوز للملتقط أن يتصدق بها ، وكذلك له أن يتملكها إن كان فقيراً" . (٣)

ومما يتفرع على القاعدة : "أنه لو مات رجل ولم يعرف له وارث، صرف ماله في مصالح المسلمين، وإن كان في نفس الأمر له وارث غير معروف، حتى لو تبين الوارث يسلم إليه ماله" (٤)

وذكر ذلك في موضع آخر فقال : "والمال الذي لانعرف مالكه يسقط عنا وجوب رده إليه ؛ فيصرف في مصالح المسلمين . وهذا أصل عام في كل ماجهل مالكه بحيث يتعذر رده إليه ، كالمغصوب ، والعواري ، والودائع ، تصرف في مصالح المسلمين" . (٥)

---

(١) قواعد ابن رجب ص ٢٣٧

(٢) رواه ابن ماجه ٨٣٧/٢ .

(٣) مجموع الفتاوي ٣٢٢/٢٩ .

(٤) مجموع الفتاوى ٢٦٢/٢٩ .

(٥) مجموع الفتاوى ٢٦٣/٢٩ ، القواعد الفقهية للندوي ٣٩٥ - ٣٩٦ .

القاعدة الفرعية الثانية عشرة : "للأكثر حكم الكل"

هذه القاعدة كثيرة الدوران على أقلام الفقهاء في مواطن التعليل ؛ ولاسيما عند الحنفية ، فكأنها تقوم بمثابة قاعدة من قواعد الإثبات والترجيح المتبعة عندهم .

ليس خافياً ماتحمل هذه القاعدة من السعة ، والسماحة ، والتخفيف ، حيث يسقط التكليف عن المكلف بأداء الأكثر ، وإن لم يبلغ ذلك الفعل مرحلة الكمال المطلوب ، وذلك مالم يتعارض مع النص الشرعي .

وفيما يبدو أن القاعدة - وإن كان التمسك بها عند الحنفية أكثر - قاعدة عامة تسري في سائر المذاهب الفقهية أيضاً كما تشهد لذلك النصوص الفقهية التالية :

قال العلامة المقري المالكي في قواعده : "المشهور من مذهب مالك أن الأقل يتبع الأكثر . فإذا نظم الحلي بالجواهر ، وكان في نزعه فساد : فقيل يتبع الأقل الأكثر . وقيل لكل حكم نفسه . ولهذا نظائر ، وهو من باب التقديرات : لأنه يقدر الأقل كالعدم" . (١)

ويقول العلامة تقي الدين الحصني الشافعي عند عرض مسألة تتعلق بحكم استعمال الحرير للرجال :

... "واذا ركّب (أي الحرير) مع غيره مما يباح استعماله كالكتان وغيره ماحكمه ؟ ينظر : إن كان الأغلب الحرير حرم، وإن كان الأغلب غيره حل، تغليباً لجانب الأكثر إذ الكثرة من أسباب الترجيح" . (٢)

وقد صرح بهذه القاعدة الإمام الزركشي من الشافعية وعبر عنها بقوله : "معظم الشيء يقوم مقام كله" . (٣)

وقد نص عليها بعض فقهاء الحنابلة أيضا ، فإننا نجد العلامة البعلي الشهير بابن اللحام يعلل الحكم بهذه القاعدة عند ذكر الفروع المتعلقة بالقاعدة المشهورة : "ما لا يتم الواجب إلا به" ... كما ورد في النص التالي :

"منها الأكل من مال من ماله حرام ، هل يجوز أم لا ؟ في المسألة أربعة أقوال الثالث منها : إن كان الأكثر الحرام، حرم، وإلا فلا ، إقامة للأكثر مقام الكل، قطع به ابن الجوزي في المنهاج" . (٤)

فهذ النصوص لاتدع مجالاً للشك بأن هذه القاعدة ليست قاعدة مذهبية عند الحنفية فحسب بل تلقاها فقهاء المذاهب الأربعة بالقبول وجنحوا إليها عند التعليل والترجيح .

---

(١) القواعد - المقري - ٥٧٠/٢ القاعدة ٢٧٢.

(٢) كفاية الأخيار ١٠٠/١

(٣) قواعد الزركشي

(٤) القواعد والفوائد - ابن اللحام - ص ٩٦ - ٩٧ القاعدة ١٧ .

القاعدة الفرعية الثالثة عشرة : "الرخص لا تناط بالمعاصي"

قال الإمام الزركشي في "المنثور في القواعد" (١) : ومن ثم العاصي - بـسفر لايتـرخص "بالفطر والقصر" والجمع ولا يأكل الميتة ولا يمسح مدة المسافر قطعا ، ولا مدة المقيم في الأصح ، ولا تسقط عنه الجمعة بسفره ولا يباح له التطوع راكبا وماشيا، لغير القبلة .

تنبيه :

معنى قول الأئمة أن الرخص لاتناط بالمعاصي أن فعل الرخصة متى توقف علـى وجـوده شيء نظر في ذلك الشيء فان كان تعاطيه في نفسه حراماً امتنع معه فعل الرخـصة ، وإلا فلا .

---

(١) المنشور - الزركشي - ١٦٧/٢ - ١٧٠

المبحث الرابع : القاعدة الرابعة " الضرر يزال "

أ - إيضاح هذه القاعدة :

إن نص هذه القاعدة ينفي الضرر نفياً ، فيوجب منعه مطلقاً ، ويشمل الضرر الخاص والعام ، ويشمل ذلك دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة ، ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره .

كما تدل أيضاً على وجوب اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما ، لأن في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لايمكن منعه بتاتاً ، ومن ثم كان إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لاينافي هذه القاعدة ، وإن ترتب عليها ضرر بهم ، لأن فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعم وأعظم . (١)

وهي كذلك ركن من أركان الشريعة المطهرة وقد وردت نصوص كثيرة من القرآن والسنة النبوية تشهد لها كما أنها عدة الفقهاء والقضاء في طريق تقرير الأحكام والفصل في الخصومات .

ب - أهمية هذه القاعدة :

هذه القاعدة تُعد من أركان الشريعة، كذلك فإن هذه القاعدة ينبني عليها كثير من أبواب الفقه.

من أمثلة ذلك :

الرد بالعيب وجميع أنواع الخيار من اختلاف الوصف المشروط ، والتغرير ، وإفلاس المشتري وغير ذلك ، والحجر بأنواعه ، والشفعة لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة ، والقصاص ، والحدود ، والكفارات ، وضمان المتلاف ، والقسمة ، ونصب الأئمة ، والقضاة ، ودفع الصائل، وقتال المشركين والبغاة ، وفسخ النكاح في العيوب أو الإعسار أو غير ذلك . (٢)

---

(١) المدخل الفقهي العام : ج٢ ، ص٩٧٨ بتصرف .

(٢) الأشباه والنظائر للإمام السيوطي : ص٨٤ ، المنثور في القواعد للزركشي : ج٢، ص٣٢١ .

ج - الأصل في هذه القاعدة : يرجع أصلها إلى الكتاب والسنة .

أولاً : من الكتاب العزيز :

١- قال تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلـى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لاتكلف نفس إلا وسعها لاتضار والدة بولـدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك ، فإن أرادا فصالاً عن تراضٍ منهما وتـشاورٍ فـلا جناح عليهما ، وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح علـيكم إذا سـلمتم مـا آتيـتم بالمعروف واتقوا ا واعلموا أن ا بما تعلمون بصير﴾ [البقرة ٢٣٣]

٢- قال تعالى : ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمـروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى﴾ [الطلاق ٦]

٣- قال تعالى : ﴿يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدينٍ إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتـب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه ا فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق ا ربه ولا يبخس منه شيئاً ، فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لايستطيع أن يمل هـو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا مادعوا ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ، ذلكم أقْسط عند ا وأقوم للشهادة وأدنـى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارةً حاضرةً تديرونها بينكم فلـيس علـيكم جنـاح ألا تكتبوهـا وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا ا ويعلمكم ا ﴾ [البقرة ٢٨٢]

٤- قال تعالى : ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعـروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخـذوا آيـات ا هـزواً واذكروا نعمتَ ا ِ عليكم وما أنزل عليكم من الكتاب والحكمة يعظكم به واتقوا ا واعلموا أن ا بكل شيء عليم ﴾ [البقرة ٢٣١]

٥- قال تعالى :﴿ولكم نصفُ ماترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربـع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصيةٍ توصون بها أو دينٍ وإن كان رجلٌ يورثُ كلالة أو امراةٌ وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضارٍ وصية من ا وا ُ علـيم حكـيم﴾ [النساء ١٢]

من السنة النبوية :

أحاديث كثيرة منها مايلي :

١- قوله ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار " (١)

٢- عن سمرة بن جندب أنه كانت له عضد (٢) من نخل في حائط رجل من الأنصار ، قـال : ومع الرجل أهله ، قال : فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليـه (٣) ، فطلـب إليه أن يبيعه (٤) ، فأبى ، فطلب إليه أن يناقله ، فأبى ، فأتى النبي ﷺ فـذكر ذلـك لـه ، فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى ، فطلب إليه أن يناقله فأبى ، قال : فَهبه له ولك كذا وكذا ... أمراً رغبة فيه، فأبى ، فقال : أنت مضار . فقال رسول ا ﷺ للأنـصاري : "اذهـب فاقلع نخله" (٥)

عن أبي صرمة صاحب النبيﷺ أنه قال: "من ضار أضر ا به، ومـن شـاق شـاق ا عليه"(٦)

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك : ج٢ ، ص٥٧ ، وقال : صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي .

(٢) عضداً ، وإنما هو عضيد من نخيل يريد نخلاً لم تبسق ولم تطل ، قال الأصمعي : إذا صار للنخلة جذع يتناول منه المتنـاول فتلك النخلة العضيد ، وجمعه عضيدات ، لسان العرب ج٣ ص٢٩٤ .

(٣) أي على الأنصاري .

(٤) إلى سمرة .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه : ج٤ ، ص٥٠ ، كتاب الأقضية ، أبواب من القضاء. انظر مختصر سنن أبي داود للمنـذري : ج٥ ص٢٤٠ .

وقال الحافظ ابن حجر : إن رواية محمد بن علي الباقر عن سمرة مرسلة . تهذيب التهذيب : ج٩ ، ص٣٥١ ، إذن فالحديث ضعيف للانقطاع بين سمرة والباقر .

(٦) أخرجه أبو داود حديث رقم ٣٦٣٥ في كتاب الأقضية أبواب من القضاء . وأخرجه الترمذي في البر ، حديث رقـم ١٩٤٠ ، باب في الخيانة والغش ، وابن ماجه في الأحكام حديث رقم ٢٣٤٢ باب من بنى في حقه مايضر بجاره

د - إلحاق الضرر بغير حق :

قسمان هما مايلي :

القسم الأول : ألا يكون له مصلحة شرعية من الضرر لذلك الغير أي لاينشأ عـن فعلـه منفعة تعود عليه كتربية وتأديب ، واسترداد حق ، أو مقابلة ضـرر بمثلـه جزاء للمعتدي وزجراً لأمثاله عن فعل مثل هذا الضرر ، فإذا خلا الإضرار عن مثل هذه المبررات الشرعية كان إيقاعه قبيحاً محرماً ، وقـد ورد فـي القرآن الكريم النهي عن مثل ذلك في مواضع منها :

أ - **النهي عن المضارة في الوصية في** قوله تعالى :﴿من بعد وصيةٍ يوصى بها أو ديـنٍ غير مضارٍ﴾ [النساء ١٢] وذلك لأن الإضرار بالوصية من الكبائر .

ب - **الإمساك عن الرجعة في النكاح** ، وفي ذلك قال ا تعالى :﴿وإذا طلقتم النساء فـبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ذلك يوعظ به من كان منكم يؤمن با واليوم الآخر ذلكم أزكى لكم وأطهر وا يعلم وأنتم لاتعلمون﴾ [البقرة ٢٣٢]

الإمساك عن التطليق مع سوء المعاشرة بقصد الإضرار والكيد للمرأة والانتقام منهـا سيراً مع حظوظ الشيطان والنفس ، وقد جاء النهي عـن ذلـك فـي قولـه تعـالى : ﴿فأمسكوهن بمعروفٍ أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾ [البقرة ٢٣١]

القسم الثاني : أن يكون له غرض آخر صحيح مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره ، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه فيتضرر الممنوع بذلك ، وذلك على وجهين "معتاد وغير معتاد" .

فأما الأول : وهو التصرف في ملكه على غير الوجه المعتاد كمن أوقد في أرضه ناراً فـي يـوم عاصف فتعدت إلى جاره وأحرقت ماله ، فالفاعل معتدٍ في ذلك وعليه الضمان .

وأما الثاني : وهو ماكان على الوجه المعتاد ففي منعه قولان ، أحدهما : لايمنع من ذلك ، وهـو قول الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما لأنه تصرف في خالص حقه .

والقول الثاني بالمنع ، هو قول أحمد كسقاية الأرض إن كان سقياً عادياً فتسرب الماء إلـى أرض الجار فلا ضمان ، وإن كان سقياً غير عادي بما لاتتحمل الأرض عادة فعليه ضمان الضرر اللاحق بالغير .(١)

---

(١) الهداية : ج٣ ، ص١٩٧ ، والمهذب : ج١ ، ص٤٠١

هـ - مالمراد بنفي الضرر ؟

ينهى الشرع عن إلحاق الضرر بالآخرين بل بالموجودات جميعاً ، إذن يكون المـراد بنفـي الضرر هنا نفي فكرة الثأر الداخلي للإنسان عندما يقع عليه ضرر من آخر فيتغيظ ، ويود أن ينتقم لمجرد الانتقام والتشفي غير ملزم نفسه بما يحدده الشرع في دفع ما وقـع عليـه مـن الضرر، ومن هنا كان قوله تعالى : ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين﴾ [النحل ١٢٦]

وقوله تعالى : ﴿ومن قُتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فـي القتـل إنـه كـان منصوراً﴾ [الإسراء ٣٣]

فيحرم ان يكون الإضرار هدفاً مقصوداً في حد ذاته ، وإنما يلجأ اليه اضطراراً ، فمن أتلف مال غيره - مثلاً - لايجوز أن يقابل بإتلاف ماله ؛ لأن في ذلك توسعة للضرر بلا منفعة ، وأفضل منه تضمين المتلف قيمة ما أتلف ، وذلك بخلاف الجناية على النفس أو البدن مما شرع فيه القصاص ، لأن الجنايات لاينفيها إلا الجزاء المماثل .

و - من أمثلة هذه القاعدة :

أ - لو انتهت مدة إجارة الأرض الزراعية قبل أن يستحصد الزرع ، تبقى في يد المستأجر بأجر المثل حتى يستحصد منعاً لضرر المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه .

ب - ويجوز حبس المشهورين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم ، ولو لم يثبـت علـيهم جرم معين بطريق قضائي دفعاً لشرهم .

ج - ولو باع شيئاً مما يسرع اليه الفساد كالفواكه مثلاً ، وغاب المشتري قبل نقـد الـثمن وقبض المبيع وخيف فساده فللبائع أن يفسخ البيع ويبيع من غيره دفعاً للضرر . (١)

---

(١) درر الحكام ١ : ٣٣ ، والمدخل الفقهي ٢ : ٩٧٨ .

ز - من فروع القاعدة الرابعة :

أولاً : "اختيار أخفّ الضررين"

يطلق على هذه القاعدة أيضاً : يختار أهون الشرين (المجلة ٢٩) ، أو : الضرر الأشد يـزال بالضرر الأخف (المجلة ٢٧) ، أو : إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما (المجلة ٢٨) . وهذه القواعد متحدة المعنى ، ولذلك ذكرتها في سياق واحد خشية التكرار .

معناها : إذا كان أحد الضررين واقعاً لا محالة ، وكان أحدهما أعظم من الآخر وأشد ، فـإن الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف ، ويستدل لهذه القاعدة بقوله تعـالى : ﴿يـسألونك عـن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير وصد عن سبيل ا وكفـر بـه والمـسجد الحـرام وإخراج أهله منه أكبر عند ا والفتنة أكبر من القتل ولا يزالون يقاتلونكم حتى يردوكم عـن دينكم إن استطاعوا ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمـالهم فـي الدنيا والآخرة﴾ [البقرة ٢١٧]

وبقصة الاعرابي الذي بال في مسجد رسول ا ﷺ أمام النبي وصحابته فزجره الـصحابة ، فنهاهم النبي ﷺ عن أن يقطعوا عليه بولته (١) لأن الضرر الناتج عن ذلك أشد من ضـرر البول في المسجد .

من أمثلة هذه القاعدة :

- جواز فداء الأسير بالمال إذا كان الأسير لدى الكفار ، لأن الضرر في أسر المسلم أشد من الضرر في دفع المال للكفار .
- ومن أمثلتها أيضا : إذا خشي من في السفينة غرقها فإنه يرمى منها ماثقل مـن المتـاع ويغرم أهل السفينة ما رموا به على قيمة ما معهم من المتاع . (٢)
- ومن أمثلتها : أجاز الفقهاء أخذ الأجرة على أداء الطاعات كالأذان والإمامة وتعليم القرآن والفقه
- أجاز الفقهاء شق بطن الميتة الحامل إذا كان إخراج الوليد ترجى حياته .

---

(١) أخرجه البخاري : ج١ ، ص٦١ في كتاب الوضوء ، باب صب الماء على البول في المسجد وأخرجـه مـسلم حديث رقم ٢٨٤ ، في كتاب الطهارة باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد .

(٢) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : ص١٩٤ .

ثانياً : قاعدة "درء المفاسد مقدم على جَلْب المصالح"

ومعنى ذلك أنه إذا اجتمع في أمر من الأمور مفسدة ومصلحة ، فإن دفع المفسدة مقدم علـى تحصيل المصلحة ، لأن عناية الشريعة بترك المنهيات أشد من عنايتها بفعل المأمورات لقول النبي ﷺ : "ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه مـا اسـتطعتم " (١) . ولمـا يترتب على المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي .

قال العز بن عبدالسلام :

"إذا اجتمعت مصالح ومفاسد ، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك ، امتثـالاً لأمر ا تعالى فيها لقوله سبحانه وتعالى :﴿فاتقوا ا ما استطعتم﴾ [التغابن : ١٦] وإن تعـذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة ، درأنا المفسدة ولا نبـالي بفـوات المصلحة ".

قال الإمام السيوطي : درء المفاسد أولى من جلب المصالح فإذا تعارض مفسدة ومـصلحة ، قدم دفع المفسدة غالباً ، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات ، ولـذلك قال ﷺ : "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه" .

ومن ثم سومح في ترك بعض الواجبات بأدنى مـشقة ، كالقيـام فـي الـصلاة ، والفطـر، والطهارة، ولم يسامح في الإقدام على المنهيات ، وخصوصاً الكبائر . (٢)

مثال ذلك : منع التجارة في المحرمات كالخمر والمخدرات ولو تحقق مـن جرائهـا أربـاح وأموال كثيرة ، لأن في هذا الاتجار مفاسد كثيرة ، ودفع المفاسد مقدم على جلب المصالح .

مثال ثان : منعوا مالك الدار أن يفتح نافذة تطل على مجلس حريم جاره ، ولو كان له فيهـا مصلحة ؛ لأنها مهما كانت لاتربو على المفسدة المتوقعة من فتح النافذة ، فالمفـسدة أولـى بالدرء . (٣)

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ٢ : ٩٧٥ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص٨٧ .

(٣) (المدخل الفقهي ٢/٩٨٥) .

دليل هذه القاعدة :

من الكتاب العزيز :

قوله تعالى : ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون ا فيسبوا ا عدوا بغير علم كذلك زينا لكل أمةٍ عملهم ثم إلى ربهم مرجعهم فينبئهم بما كانوا يعملون﴾ [الأنعام ١٠٨]

من السنة النبوية :

عن أبي هريرة قال : قال رسول ا ﷺ : "ذروني ما تركتكم ، فإنما أهلك الذين مـن قـبلكم كثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم ، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " .

وقال رسول ا ﷺ : "مثلي كمثل رجل استوقد ناراً ، فلما أضاءت ما حولها جعـل الفـراش وهذه الدواب التي يقعن في النار ، فيقعن فيها ، وجعل يحجزهن ويغلبنه فيتقحمن فيها فذلك مثلي ومثلكم ، أنا آخذ بحجزكم عن النار ، هلم عن النار ، هلم عن النار ، فتغلبوني تقحمون فيها" (١)

(١) البخاري : ج٨ ، ص١٦٢ في الاعتصام : باب الاقتداء بسنن رسول ا ﷺ : ج٤ ، ص١٣٦ في الأنبياء : باب ووهبنـا لداود سليمان : ج٧ ، ص١٨٦ في الرقاق : باب الانتهاء عن المعاصي ، ومسلم حديث رقم ١٣٣٧ ، في الحج : بـاب فرض الحج مرة في العمر ، و (٢٢٨٤) في الفضائل : باب شفقته ﷺ على أمته .

ثالثاً : قاعدة "الضرر لايزال بمثله"

تعتبر هذه القاعدة قيداً للقاعدة السابقة ؛ لذلك فإن الضرر لايزال بمثله ولا بما هو أشد منـه من باب أولى ، بل تجب إزالته بدون ضرر إن أمكن ذلك، وإن لم يمكن ذلـك فإنـه يـزال بضرر أقل .

مثال : إذا كان الإنسان جائعاً واحتاج إلى طعام ليزيل به عن نفسه الجوع إذا وجـد الطعـام عند جائع مثله ، لايجوز له أن يأخذ منه لأنه إذا أخذه منه فقد أزال الضرر عن نفسه وأوقع غيره بالضرر .

مثال ثالث : الفقير لاتجب عليه نفقة قريبه الفقير ؛ لأن في ذلك ضرراً له أيضاً . (١)

رابعاً : قاعدة "الضرر يزال بقدر الإمكان"

معناها : إن وقع ضرر وأمكن إزالته بالكلية فبها ونعمت ، وإلا فإنه يزال بقدر المستطاع .
ومثال ذلك : وجوب العقوبات لقمع الإجرام وصيانة الأمن ، ومشروعية الدية عند عفو بعض أولياء الدم ، فإنه من لم يعف من الأولياء لايزال ضرره بالكلية إلا بقتل القاتل ، ولكـن لمـا كان القتل غير ممكن بعد عفو بعض أولياء الدم فإن ضرر من لم يعف يزال بقدر الإمكـان بالدية ، وكذا شرع الحجر على السفيه لدفع ضرر تصرفاته المالية .(٢)

وكما لـو استهلك الغاصب المال المغصوب ، أو هلك في يـده ، ففي هاتين الحالتين يتعذر رد العين المغصوبة، لذا يجب أن يضمن الغاصب برد قيمة ما أتلـف أو رد مثلـه إن كـان مثلياً. (٣)

١- درر الحكام : ج١ ، ص٣٥ ، شرح المجلة للأتاسي : ج١ ، ص٦٣ ، ٦٤ .

٢- شرح المجلة للأتاسي : ج١ ، ص٧١ ٧٢ ، والمغني لابن قدامة : ج٧ ، ص٧٤٤ .

٣- شرح القواعد الفقهية ، للشيخ أحمد الزرقا ص٢٠٧ .

خامساً : قاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"

معناها : إذا حدث في أمرٍ من الأمور ضرر خاص وآخر عام ، فإنه يرتكب الضرر الخاص من أجل دفع الضرر العام ، لأن الضرر الخاص لايكون مثل الضرر العام بل دونه فيدفع الضرر العام به .

وتعد قيداً لقاعدة "الضرر لايزال بمثله" التي سبقت ، فالشرع إنما جاء ليحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وعقولهم وأنسابهم وأموالهم ، فكل مايؤدي إلى الإخلال بواحد منها ، فهو مضرة يجب إزالتها ما أمكن ، وفي سبيل تأييد مقاصد الشرع يدفع الضرر الأعم بارتكاب الضرر الأخص ، ولهذه الحكمة شرع حد القطع حماية للأموال ، وحد الزنا والقذف حماية للأعراض ، وحد الشرب حفظاً للعقول ، والقصاص وقتل المرتد صيانة للأنفس والأديان .

ومثال ذلك : منع اتخاذ (الورش) وسط الأحياء السكنية من أجل دفع الضرر العام عن بقية أهل الحي ، ولو كان في هذا المنع إلحاق ضرر خاص بصاحب الورشة .

مثال آخر : إذا كان هناك أبنية آيلة للسقوط والانهدام يوجب على صاحبها هدمها خوفاً من وقوعها على المارة (١)

- ومن ذلك : الحجر على الطبيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، والمكاري المفلس ، وإن حصل عليهم الضرر من هذا الحجر ، لمنع إضرارهم بالعامة في أبدانهم ودينهم وأموالهم.
- وقرر الفقهاء : جواز التسعير إذا تعدى أصحاب القوت في بيعهم بالغبن الفاحش ؛ لأن الضرر الحاصل بالتسعير على هؤلاء أخف من الضرر الحاصل على العامة بإغلاء أقواتهم.
- وكذلك بيع الطعام المحتكر جبراً على محتكره عند الحاجة إذا امتنع عن بيعه دفعاً للضرر العام . (٢)

---

(١) درر الحكام : ج١ ، ص٣٦ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم : ص٨٧ ، بتصرف .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٧ ، شرح المجلة لرستم ٣١/١

سادساً : قاعدة "الضرر لا يكون قديماً " (١)

إن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين الضرر القديم والحديث بل الجميع تجب إزالته . وهذه المادة مكملة لمادة الضرر يزال . والشريعة الإسلامية وإن أقرت القديم وسمحت ببقائه فإنها قيدت ذلك البقاء بعدم وجود ضرر في القديم ، فإن وجد به ضرر تجب إزالته لا فرق بين قديمه وحديثه .

وهذه القاعدة قيد لقاعدة : "القديم يترك على قدمه" (م/٦) وكذا قاعدة : "الأصل بقاء ماكان على ماكان" (م/٥) إذ أن المتنازع فيه إذا كان قديماً ، تراعى فيه حالته التي هو عليها من القديم بلا زيادة ولا نقص ولا تغيير ولا تحويل ، فهي - أي : قاعدة الضرر لايكون قديماً - تبين أنه إذا كان ثمة ضرر قديم فيجب إزالته ، والقديم يترك على قدمه مالم يكن ضرراً فاحشاً.

وبناء على هذه القاعدة قرر الفقهاء ، أنه إذا كان لدار ميزاب أو بالوعة على الطريق العام وكان يضر بالعامة على أي وجه كان الضرر أو على أي مقدار يزال مهما كان ذلك قديماً ، لأنه غير مشروع أصلاً ، وإنما يحترم القديم ويترك على حاله ، دون تغيير أو تبديل ، إذا كان في أصله مشروعاً . وأما إذا كان الشيء القديم ليس من الأمور المشروعة في الأصل فإنه ضرر يزال ولا عبرة لقدمه ، ولا يحتج بهذا التقادم .

وقد ذكر الشيخ مصطفى الزرقا في كتابه "المدخل الفقهي" توضيحاً لهذه القاعدة مانصه : "لقد استنبط والدي الشيخ أحمد الزرقا - رحمه الله تعالى - في شرحه لهذه القاعدة ضابطاً تؤيده تعليلات نصوص الفقهاء ، خلاصته : إن مايمكن استحقاقه على الغير بأحد الأسباب المشروعة يحترم قدمه وإلا فلا" فالممر والمسيل مرتفق يمكن أن يستحق بالتعاقد أو القسمة في الملك المشترك وغير ذلك من الأسباب المشروعة فيحترم قدمه عند جهل سببه . (٢)

---

(١) المدخل الفقهي ، ٩٨٩/٢ ، ومجلة الأحكام العدلية ، المواد / ٥، ٦ ، ٧ ، والقواعد الفقهية ٤١٢ .

(٢) المدخل الفقهي ، ٩٩٠/٢ .

المبحث الخامس : القاعدة الخامسة " العادة محكَّمة "

أ - العادة والعرف في اللغة والفقه :

- المراد **بالعادة في اللغة :** تطلق على تكرار الشيء مرة بعد أخرى ، يدل على ذلك ما جـاء في "لسان العرب" و "القاموس" حيث جاء فيهما : "العادة الديدن" ، أما كلمة "محكمة" فهي اسم مفعول من التحكيم القضاء والفصل بين الناس ، أي إن "العادة هي المرجـع للفـصل عنـد التنازع" (١)
- **أما المراد بالعادة عند الفقهاء** : فهي عبارة عما يستقر في النفوس من الأمـور المتكـررة المقبولة عند ذوي الطبائع السليمة . (٢)

- **أما الـعـرف** بمعانيه التي يدور عليها - بضم العين أو فتحها أو كسرها - يعود إلى أصلين اثنين هما : تتابع الشيئ متصلاً بعضه ببعض ، والسكون والطمأنينة ، ويمكن ضم أمر آخر إلى هذين الأصلين ، إذ تدل هذه المادة على " العلو والارتفاع" (٣) فالعرف كل عال مرتفع ، يقول ابن منظور في "اللسان" : "وعلى الجملة فإن الكلمة يغلب ورودها فيمـا ارتفـع مـن المحسات ، وكرم من المعاني ، والمعنى الأخير منها يشعر بمتابعة البعض للبعض " .

- **وأما تعريف العرف في الفقه الإسلامي** فإن المطلع على ماذكره الباحثون في تعريف العرف يتبين له أنهم قد خلصوا إلى تعريف ارتضوه لشموله وعمومه ومنعه دخول شيء من غيـر العرف فيه فقالوا : "ما اعتاد أكثر الناس ، وساروا عليه في جميع البلدان أو في بعضها سواء أكان ذلك في جميع العصور أم في عصر معين" (٤)

١- لسان العرب : ج٤ ، ص٣١١ ، والقاموس : ج١ ، ص٣١٩ ، والمصباح المنير : ج٢ ، ص٥٢١ .

٢- مجموعة رسائل ابن عابدين ج٢ ، ص١١٤ ، وغمز عيون البصائر ج١ ص٢٩٦ .

٣- انظر مادة ع ر ف : "معجم مقاييس اللغة" ٤ : ٢٨١ ، مختار الصحاح ١٧٩ - ١٨٠ لسان العرب ٩ : ٢٣٦ - ٢٤٣ ، تـاج العروس ٦ : ١٩٢ - ١٩٧ .

٤- العرف وأثره في الشريعة والقانون : ص٣٥ ، تأليف د. أحمد بن علي المباركي .

وعرفه العلامة الفقيه الشيخ مصطفى الزرقا بقوله : "العرف : عادة جمهور قوم في قـول أو فعل" (١)

وقال الدكتور عادل قوته - حفظه ا ونفع به - في رسالته القيمة : "العرف : حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية" : العرف : ما يغلب على الناس من قول أو فعل أو ترك" (٢)

ب - الفرق بين العادة والعرف :

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال هي :

القول الأول : أنه لافرق بينهما ، أي : أنهما بمعنى واحد ، وهذا هو رأي ابن عابدين الحنفي وغيره ، حيث قال في تعريفه للعرف : "فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصـدق وإن اختلفا من حيث المفهوم " . وممن اختاره من المعاصرين العلامة الـشيخ محمـد الخوصـين، وعبدالوهاب خلاف ، والدكتور السيد صالح في "أثر العرف" (٣)

القول الثاني : أن العرف خاص بالأقوال والعادة خاصة بالأفعال .

قال الأستاذ أبو سنة حفظه ا : "وهذا القصر لا معنى له ، لأن الفقهاء مـن الـسلف والخلـف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معاً " . (٤)

القول الثالث : أن بينهما عموماً وخصوصاً مطلقاً ، فالعادة أعم من العرف مطلقاً حيث تطلـق على العادة الجماعية "العرف" وعلى العادة الفردية ، فكل عرف عادة ولا عكس . (٥)

وهذا القول هو الذي يبدو ظهوره واتجاهه ، وهو يتناسب مع ماسبق مـن تعريفـات العـرف والعادة.

١- المدخل الفقهي ٢ : ١٤٠ ف ٤٨٣ .

٢- العرف ، للدكتور عادل قوته ١ : ٩٩ .

٣- انظر : "الشريعة الإسلامية" للخضر حسين ص ٣٣ ، ومصادر التشريع فيما لا نص فيه للخـلاف ص ٤٥ ، و "أثـر العـرف" للدكتور السيد صالح ص ٦١ .

٤- انظر : العرف والعادة للعلامة أحمد فهمي أبو سنة ص ١١ .

٥- مجموعة رسائل ابن عابدين : ج٢ ، ص١١٤ ، والعرف وأثره في الشريعة والقانون ، تأليف : د. سير المبـاركي ، ص٤٨ ، ٤٩ ، والمدخل الفقهي : ج٢ ص٤٨٠ ، والعادة والعرف د. أحمد أبو سنة ، ص١٣ ، بتصرف .

من أمثلة العرف والعادة :

ماجرى عليه تعامل الناس من استئجار بعضهم لأصحاب المهن والحرف الذين فتحوا محـلات لهذا العمل واشتغلوا به ، بدون تسمية للأجرة ، فإنهم يعطون الأجرة حسب ماجرى به العـرف، وإن لم يكن هناك شرط .

ومن ثم جاء في تعبير الفقهاء : "العادة محكّمة" ، "تُنزل العـادة منزلـة الـشرط" ، فالمهنـدس والحلاق والسمسار . مثلاً - يعطون من الأجرة نظير مايقومون به من عمل ، تنزيلاً للـشرط العرفي منزلة الشرط اللفظي .

والمعاملات في عصرنا الحاضر قد تنوعت وتعقدت أكثر مما يتصور ، ولو لم نقـل باعتبـار العرف لأدى ذلك إلى المنازعات والمشاجرات ، الأمر الذي يؤدي بالناس إلى المشقة والعـسر، وهما منفيان عن هذه الشريعة ، فقد دلت الأدلة على أنها شريعة اليسر والسهولة . وفـي ذلـك يقول العز بن عبدالسلام - رحمه ا - مانصه :

"مثل استصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لايعملون إلا بالأجرة ، إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة ، كالدلاّل والحلاّق والفاصد والحجام والنجار والحمال والقصار، فالأصـح أنهم يستحقون من الأجرة ماجرت به العادة لدلالة العرف على ذلك . (١)

ج - من فروع القاعدة الخامسة :

أولاً : قاعدة "استعمال النـاس حجة يجب العمل بـها "

معنى هذه القاعدة :

هذه القاعدة داخلة في القاعدة الكبرى "العادة محكمة" وتأكيد لها ، لأن الاستعمال معناه هنا العادة والعرف مطلقاً . (٢)

وحاصل القاعدة أن استعمال الناس غير المخالف للشرع ونصوص الفقهاء يعد حجة كبيع الـسلم وبيع الوفاء مثلاً ، فقد اتفق الفقهاء على جوازهما ، لما كانت الحاجة إليهما ماسة مع أنهما فـي الأصل غير جائزين لأنهما بيع معدوم . (٣)

مثال : إذا اتفق إنسان مع مقاول أو متعهد على بناء بيت لمخطط مرسوم ومواصـفات خاصـة بثمن مبين وشروط واضحة انعقد الاستصناع وجازت المعاملة لتعامل الناس بذلك .

١- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام المحدث الفقيه العز بن عبدالسلام ج٢ ص١٣٠

٢-المدخل الفقهي العام ج٢ ، ص١٠٠٠ ، بتصرف .

٣- درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ج١ ، ص٤٢ ، بتصرف .

مثال آخر : إذا استعان شخص بآخر على شراء سيارة وبعد وقوع البيع والشراء طلب المستعان به من المستعين أجرة ، فينظر تعامل أهل السوق ، فإن كان معتاداً في مثـل هـذه الحال أخذ أجرة كاصحاب معارض السيارات ، فللمستعان به أخذ الأجرة المثلية من المستعين وإلا فلا . (١)

ثانياً : تعامل الناس من غير نكير مُنكر أصل من الأصول كبير .(٢)

معنى هذه القاعدة ومدلولها :

مفاد هذه القاعدة أن تعامل الناس في بيعهم وشرائهم وتصرفاتهم من غير إنكار أو اعتراض على ذلك التعامل من أهل العلم والحكم دليل على أن هذا التعامل مـشروع ولا يعـارض نـصوص الشرع ولا مقاصد التشريع ، إذ لو كان هذا التعامل مخالفاً لوجد من ينكر على النـاس تعاملهم به ؛ لأن ا سبحانه أخذ الميثاق على العلماء أن لا يكتموا الحق ولا يسكتوا على باطل يرونه أو يعلمون به .

من أمثلة هذه القاعدة ومسائلها :

وهب رجل هبة لصغير يتيم عاقل يحسن القبض فقبضها الصغير ، جاز عند الحنفية قبضه منـه خلافاً للشافعي رحمه ا ، قال الحنفية : إن فيما يتمحض منفعة للصغير يعتبر عقله فيه وللعادة الظاهرة بين الناس بالتصدق على الصبيان من غير نكير منكر وإن كان للصغير ولي كـأب أو أخ أو ابن أخ أو عم .

ومنها : تعامل الناس الشائع في هذا الزمن من البيع والشراء دون لفظ إيجاب أو قبول سواء كان المبيع ثميناً أم حقيـراً ، بأن يـرى المشتري السلعة ويعلم ثمنها المكتـوب عليهـا ثـم يـأتي للعامل - وهو غير المالك - بل هو موظف عند المالك ويعتبر وكيلاً عنه بالقبض فيـدفع لـه الثمن المكتوب ويأخذ السلعة وينصرف بها . وهو بيع التعاطي المعروف عنـد الفقهـاء ، وإن أنكره الشافعي رحمه ا إلا في المحقرات ، ولكن الذي رجحه النووي رحمه ا قـول مالـك رضي ا عنه : إن البيع ينعقد بكل ما يعده الناس بيعاً . والحجة : أنه لم يـصح فـي الـشرع اشتراط لفظ ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ .(٣)

١- القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي ، للدكتور عبدا العجلان ص ٩٩ .

٢- المبسوط جـ١٢ ص٦٣ .

٣- روضة الطالبين جـ٣ ص١٥٧ .

ثالثاً : قاعدة "الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان"

معناها الإشارة المعتادة للأخرس - وهو معتقل اللسان الذي لايستطيع الكلام ، وهو إما خلقة من يوم مولده وإما لمرض (١) - بعضو من أعضائه كيده أو رأسه أو بالعين أو بالحاجب ، كالبيان باللسان أي : كبيان الناطق في بناء الأحكام عليها ، وقائمة مقامه في كل شـيء غيـر الحـدود والشهادة ، كالنكاح والطلاق والعتاق والبيع والإجارة والهبة والرهن والإبراء والإقْرار والإنكار والحلف والنكول ، وكذا القصاص في أحد قولي العلماء ، وفي القول الآخر كالحدود والـشهادة لايثبت بإشارة ، لأن الأخرس لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملته لأحد من النـاس، ولكـان عرضة للموت جوعاً وعرياً إن لم يجد أحداً يقضي له مصالحه نيابة عنه ، ووجود النائب فـي كل حال متعذر ، وكيف تقبل نيابته إذا لم تعتبر إشارته ؟ !

ولكن في الحدود والعقوبات الخالصة تعالى لاتقبل إشارته بناء علـى قاعـدة "وجـوب درء الحدود بالشبهات" ؛ فالأخرس لايحد ، ولايحد له .

رابعاً : قاعدة "الأصل أن البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان" و "الكتاب كالخطاب" (٢)

معنى هذه القاعدة ومدلولها :

إن العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفهية في ترتب الأحكام عليها ، فما يترتب على المكالمـات الشفوية يترتب على المعاملات الكتابية . وكما قيل : "القلم أحد اللسانين ، والكتابة ممـن نـأى بمنزلة الخطاب ممن دنا" .

من أمثلة هذه القاعدة ومسائلها :

إذا كان رجل في مكة وكتب إلى آخر في دمشق : بعتك داري الكائنة في دمشق أو في غيرها - وذكر أوصافها وموقعها وحدودها والمبلغ الذي سيبيعها به فكتب إليه الآخر بعد وصول الكتـاب اشتريت منك الدار المذكورة فينعقد البيع بينهما كالمشافهة .

١- لسان العرب لابن منظور : ج٦ ، ص٦٢ ، طبعة دار صادر ، بيروت - لبنان .

٢- المبسوط للسرخسي جـ٦ ص١٤٣ ، أشباه السيوطي ص٣٠٨ ، وأشباه ابن نجيم ص٣٣٩ ، ومجلة الأحكام المادة ٦٩ مع الشرح للأتاسي ج١ ص١٩٠ ، والمدخل الفقهي الفقرة ٦٠٩ .

خامساً : قاعدة "تعتبر العادات إذا اطردت أو غلبت"

ومعنى "الاطراد" دوام العمل بها في جميع الأحوال أما الغلبة فتكون بالعمل بها في أكثر الحوادث. (١)

مثال ذلك : لو تعامل إنسان مع آخر في المملكة العربية السعودية وحددا مبلغ ألف ريال في عقد بينهما ، ولم يوضحا نوع الريال ، فإن لفظ الريال ينصرف إلى الريال السعودي لأن التعامل به يعتبر مطرداً في المملكة . (٢)

سادساً : قاعدة : "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً "

وفي لفظ : "المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً" (٣)

ومعناه : أن ماجرى به العرف يجب مراعاته ، أي : إن ماعرف بين الناس ، واشتهر وجرى تعاملهم عليه ، ولم يكن ثمة نص يعارضه أو يقيده وإنما في الأمور التي لا نص فيها يحكم العرف فيها مالم يكن تصريح بخلافه ، أو شرط منصوص عليه فإذا لم يكن قام العرف مقام التصريح ، وحل محل الشرط فكان كالتصريح والشرط .

مثلها قاعدة : التعيين بالعرف كالتعيين بالنص" (٤) وقاعدة "الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي" ، وقاعدة "الثابت بالعرف كالثابت بالنص" .

مثال ذلك : لو اشتغل شخص لآخر شيئاً ولم يتقاولا على الأجرة ، ينظر للعامل إن كان يشتغل بالأجرة عادة يجبر صاحب العمل على دفع أجرة المثل للعامل عملاً بالعرف والعادة وإلا فلا (٥) وكذا لو استأجر إنسان داراً ولم يحدد نوع الاستعمال فإنه يرجع في تحديد نوع الاستعمال إلى ماجرى به العرف ، ويكون ذلك بمنزلة الشرط .

مثال آخر : إذا تعاقد مع عامل على أن يعمل عنده أو له عملاً ما ، وقيدا هذا العقد بما جرى عليه العرف، وعمل الناس فإنه يكون بمنزلة التقييد بالنص .

ومثال ثالث : إذا استأجر إنسان شقة مفروشة - فيها أثاث وأمتعة وأوانٍ - وأذن المؤجر للمستأجر استعمالها ، فتلف بعض ذلك ، فقد جرى العرف بأن ما يتلف فضمانه على المستأجر فكأنه مشروط في العقد . (٦)

١- المدخل الفقهي العام : ج٢ ، ص٩٩٩ - ١٠٠١ . بتصرف .

٢- القواعد الكبرى في الفقه ، للعجلان ص ١٠٠ .

٣- أشباه ابن نجيم ص٩٩.

٤- المبسوط ١٥٢/٤ ، ٢١٦/١٢ ، والقواعد والضوابط ص ٤٨٤ .

٥- درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر : ج١ ص٤٦ بتصرف

٦- موسوعة القواعد الفقهية ٤١٧/٤ .

سابعاً : قاعدة "التقييد الثابت بالعرف –في الوكالة وغيرها – كالثابت بالنص" (١)

معنى هذه القاعدة ومدلولها :

هذه القاعدة تندرج تحت قاعدة (العادة محكمة) وهي وإن كانت واردة في الوكالة بخصوصها لكن معناها عام في كل معاملة قيدت بالعرف .

فإن التقييد بالعرف كالتقييد بالنص .

أمثلة هذه القاعدة ومسائلها :

إذا وكل وكيلاً بشراء أضحية فإنه يتقيد بأيام الأضحية من السنة الأولى .

ومنها : إذا وكل رب الأرض وكيلاً وأمره أن يدفع الأرض مزارعة - ولم يسم سنة ولا غيرها - جاز للوكيل أن يدفعها مزارعة سنته الأولى ، فإن دفعها أكثر من ذلك أو بعد هذه السنة - ولم يدفع هذه السنة - يجوز في القياس ؛ لأن التوكيل مطلق عن الوقت ، ففي أي سنة دفعها وفي أي مدة لم يكن فعله مخالفاً لما أمره الموكل به فجاز كالوكيل بإجارة الدور والرقيق ، ولكنهم قالوا : لا يجوز استحساناً ؛ لأن دفع الأرض مزارعة يكون في وقت مخصوص من السنة عادة وعرفاً (والتقييد الثابت بالعرف في الوكالة كالتقييد بالنص) . (٢)

ثامناً : قاعدة : "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم" .

وهي بمعنى سابقتها إلا أن الأولى عامة وهذه خاصة في عرف التجار فإذا تعارفوا على أمر وكان لايصادم نصاً من النصوص فإنه يتبع بحيث تكون له سلطة في تحديد الالتزامات العقدية بين المتعاقدين ، ولا تسمع الدعوى في حال التنازع إذا كانت مخالفة للعرف .

وبناء على ذلك قرر الفقهاء لو أن إنساناً اشترى شيئاً من السوق بثمن معلوم ولم يصرحا بالعقد بتأجيل أو تعجيل الثمن فإنه يجري دفع الثمن على ماهو متعارف عليه بين التجار ، فإن كانت العادة أن البائع يأخذ قسطاً من الثمن كل جمعة أو شهر اتبعت العادة لأنه حيث كان ذلك معروفاً عند التجار صار بمثابة المتفق عليه صراحة .

---

١ - المبسوط جـ٢٣ ﷺ١٣٧ بدون قوله (وغيرها)

٢- موسوعة القواعد الفقهية ٤٥٣/٤ .

تاسعاً : قاعدة : "ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم " (١).

معنى هذه القاعدة ومدلولها :

الوقف : لغة الحبس ، وهو اصطلاحاً : حبس العين على حكم ملك ا سبحانه وتعالى .

فتدل هذه القاعدة على أن ألفاظ الواقفين المدونة في حجج وقوفهم إنما تبنى على عرفهم وعاداتهم التي عرفوها واعتادوها ولا تبنى في الغالب على دقائق العربية .

من أمثلة هذه القاعدة ومسائلها :

إذا رتب الواقف من يستحق المنفعة من الوقف بثم ثلاثة بطون يكون مرتباً فيما بعدها من البطون كقوله : على ولدي ثم على ولده ثم على ولد ولده ، أو يقول : بطناً بعد بطن ، والمراد من البطن الرتبة في القرابة . فالأولاد الصلبيون بطن ثم أولادهم بطن وهكذا . (٢)

عاشراً : "إن قاعدة الأيمان البناء على العرف إذا لم يضطرب ، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة"

معنى هذه القاعدة ومدلولها :

تدل هذه القاعدة على أن مبنى الأيمان في دلالة ألفاظها على العرف ، بشرط أن يكون هذا العرف معمولاً به باستمرار في أكثر الحوادث وعند أكثر الناس ، أما إذا اضطرب العرف بمعنى أن تعامل الناس به ليس غالباً ولا شائعاً فتارة يعمل به وتارة لايعمل به فيكون في هذه الحالة الرجوع إلى المعاني اللغوية لألفاظ اليمين .

حادي عشر : " يعتبر العرف إذا لم يوجد التصريح" .

معنى هذه القاعدة ومدلولها :

تبين هذه القاعدة شرطاً مهماً من شروط العرف وهو : إن العرف إنما يعتبر حجة وحكماً يلزم العمل به إذا لم يوجد تصريح من الشرع أو المتكلم بخلافه ، فإذا وجد التصريح بخلاف العرف فالمعتبر التصريح ولا اعتبار بالعرف المخالف .

١- الفرائد ص٢٢٥ ، عن الأشباه والنظائر لابن نجيم - قاعدة العادة محكمة ص٩٤ .

٢- القواعد الفقهية الكبرى ، القاعدة ٥٨٦ .

من أمثلة هذه القاعدة ومسائلها :

إذا تعاقد رجلان عقد بيع ولم يعينا النقود التي يتعاملان بها فينصرف إلى النقود المعمول بها في البلاد . ولكن إذا عينا نوعاً خاصاً من النقود فلا اعتبار للعرف هنا إنما الاعتبار لما عيناه واتفقـا عليه وصرحا به . (١)

ثاني عشر : قاعدة : " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص " (٢)

تعطي هذه القاعدة للعرف سلطاناً في بيان الالتزامات العقدية كالنص تماماً ؛ لأن الفقهاء رأوا أنه لايشترط في عقد الإجارة أن يبين المتعاقدان أوجه الانتفاع بالعين المؤجرة بصريح اللفظ ؛ بـل إن العرف يقوم في تحديد هذه المنفعة ، فمن أستأجر داراً فله أن يسكنها ويـسكن معـه أهلـه ويستقبل أضيافه ؛ لأن العرف الجاري بين الناس قد حدد طريقة الانتفاع .

ومن اشترى سيارة دخل فيها عدتها ومفاتيحها وعجلها الاحتياطي بدون ذكر ؛ للعرف المتـداول والعادة الجارية .

ومنها : ما جرت به العادة من أن حمولة الأشياء الثقيلة - كالحديد والأسمنت والحجارة والرمل - على البائع إلا إذا نص على خلافه .

وكذلك لو استأجر حانوتاً في سوق الذهب فليس له أن يتخذه للحدادة مما يـؤذي جيرانـه ؛ لأن العرف يقضي بذلك .

ثالث عشر : قاعدة " الممتنع عادة كالممتنع حقيقة ".

يعني أن ما استحال عادة لاتسمع فيه الدعوى كالمستحيل حقيقة ، فكمـا أن الممتنـع حقيقـة لاتسمع به الدعوى ولاتقام البينة عليه للتيقن بكذب مدعيه، كقول من لايولد لمثله : هذا ابني، فكذلك الممتنع عادة كدعوى معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لم يعهد عنه أنه أصـاب مثلها بإرث أو بغيره . (٣) .

١- موسوعة القواعد الفقهية ، للبورنو ، القاعدة (٦٤٤) .

٢- انظر : موسوعة القواعد الفقهية ، للبورنو ٤ : ٥٣٨ .

٣- درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ج١ ، ص٤٢ ، وشرح القواعد الفقهية : ص١٧١ بتصرف

رابع عشر : قاعدة "الحقيقة تترك بدلالة العادة ":

الأمر إذا دار بين الحقيقة والمجاز تترجح الحقيقة ويترك المجاز .

والمراد بالحقيقة هنا هي الحقيقة المهجورة وإلاّ فإن الحقيقة المستعملة هي المعتبرة ، لأن استعمال الناس والتعارف عليه يجعل إطلاق اللفظ على ماتعورف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين ، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازاً .

ومن الأحكام التي تتفرع على هذه القاعدة : أنه لو قال واقف يريد وقف داره : إنني وقفت الدار على الفقهاء . فالفقيه كلمة لاتطلق إلاّ على المجتهد الذي لديه ملكة استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذا هو الحقيقة ، إلاّ أن لفظ الفقيه جرت العادة بإطلاقه على المقلد الحافظ لفروع الأحكام ، لذا فإن الوقف يشمل لفظ المقلد لجريان العادة على إطلاق لفظ الفقيه على المقلد في هذه الأيام وما قبلها إلى تاريخ جمود الاجتهاد .

وبناء على هذه القاعدة وضع الفقهاء المبدأ العام القائل : "يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه ، وإن خالفا لغة العرب ولغة الشارع " (١)

خامس عشر : قاعدة " الاعتبار في المقدرات الشرعية بما ثبت مقدراً في الشرع وما جهل أمره فالاعتبار فيه بالعرف"

معنى هذه القاعدة ومدلولها :

هذه القواعد وإن اختلفت ألفاظها فالمراد منها متحد حيث تتعلق هذه القواعد بتلك التقديرات الشرعية التي جرى عليها عمل الرسول صلى ا عليه وسلم وخلفاؤه رضي ا عنهم من بعده، والنظر فيها من حيث إن هذه التقديرات هل هي ثابتة في كل حال ولا تقبل التغيير مهما تغيرت الأحوال ، أو هل هي تقديرات قدرها من قدرها تبعاً لظرف موجود أو عرف سائد ؟ . ولو كان الظرف غير الظرف أو العرف غير العرف لقدر غيرها فيجوز لمن يأتي بعدهم أن يغيرها تبعاً لتغير الظروف والأحوال واختلاف الأعراف ؟

بالأول أخذ محمد بن الحسن وجمهور الفقهاء رحمهم ا تعالى ، وبالثاني أخذ أبو يوسف رحمه ا تعالى ، ولكل من الرأيين مؤيدون من المجتهدين والعلماء .

---

(١) المدخل الفقهي العام ٨٥٢/٢ .

من أمثلة هذه القواعد ومسائلها :

الأموال الربوية التي لايجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً وهي الأصناف الستة التي ذكرها رسول ا صلى ا عليه وسلم ، وما يقاس عليها ، فما كان منها مكيلاً في عهد رسول ا صلى ا عليه وسلم فلا يجوز بيعه إلا مكيلاً ولو تغير تعامل الناس به فأصبح موزوناً فلا يجوز بيع صنف منها بجنسه إلا مكيلاً وكذلك ما كان موزوناً .

سادس عشر : قاعدة "إن المعتبر في جميع الأشياء العرف"(1)عند أبي يوسف رحمه الله

معنى هذه القاعدة ومدلولها :

تدل هذه القاعدة عند أبي يوسف رحمه ا أن العرف هو المعتبر والمحكّم في جميع الأشياء ، والمراد بجميع الأشياء ما يتعلق بالبيع والمعاملات عموماً واليمين وأشباهه ، وذلك إذا لم يكن ثمة نص مخالف للعرف .

من أمثلة هذه القواعد ومسائلها :

عند أبي يوسف أن ما كان مكيلاً أو موزوناً في عهد رسول ا صلى ا عليه وسلم فهو مكيل أو موزون باعتبار العرف في ذلك الوقت لا بنص رسول ا صلى ا عليه وسلم ، ولذلك جاز عند أبي يوسف رحمه ا بيع المكيل موزوناً والموزون معدوداً أو مكيلاً ويجري فيه الربا لتغير العرف ولدفع الحرج والمشقة عن الناس . (2)

سابع عشر : قاعدة " التخصيص بالعرف الشرعي "

هذه قاعدة أصولية فقهيه ، ومعنى هذه القاعدة ومدلولها :

ان التخصيص : هو إخراج بعض ما تناوله اللفظ العام .

ومفاد القاعدة : أن العرف الشرعي مخصص لألفاظ الشارع .

والعرف غير الشرعي مخصص لألفاظ الناس عند الجمهور . وأما تخصيصه لألفاظ الشارع فمحل خلاف .

1- المبسوط للسرخسي ج12 ص142

2- موسوعة القواعد الفقهية ، القاعدة 635 .

ثامن عشر : قاعدة : تخصيص العموم : بالعرف ، والعادة ، والشرع ، والسبب الخاص (١)

هذه قاعدة أصولية فقهيه ، معنى هذه القاعدة ومدلولها :

هذه القاعدة لها تعلق بتخصيص العموم ، فاللفظ الدال على العموم قابل للتخصيص والمخصصات متنوعة : منها : العرف والعادة ، وقد سبق أن العرف والعادة يخصصان العموم في ألفاظ الناس عند جمهور الفقهاء والأصوليين ، ومنها : تخصيص الشرع وهو موضوع القاعدة السابقة ، ومنها : التخصيص بالسبب الخاص .

تاسع عشر : قاعدة " لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " :

تعني هذه القاعدة :

أن الأحكام تتغير بتغير عرف أهلها وعاداتهم ، فإذا كان عرف الناس وعاداتهم يستدعيان حكماً ثم تغيرا إلى عرف وعادة أخرى فإن الحكم يتغير إلى مايوافق الأعراف والعادات الجديدة . وإن هذه القاعدة ينحصر تأثيرها على الأحكام المبنية على العرف والعادة لا على النص والدليل .

١ - مجلة الأحكام ، المادة (٣٩) والمدخل الفقهي ٩٢٦/٢ .

الفصل الثاني
في القواعد الفقهية الكلية غير الكبرى

بعد أن ذكرت القواعد الفقهية الكبرى استحسنت في هذا الفصل أن أتكلم عـن القواعـد الفقهية الكلية التي لها أهمية كبرى في الفقه الإسلامي ، والتي لابد للفقيه والمفتي مـن استحضارها ، وقد حاولت أن أرتبها ضمن مجموعات متناسبة لتكون أدعى لاستحضارها وحفظها ، والاستفادة في إنزال الحوادث والقضايا الجديدة عليها .
وهذه القواعد مأخوذة من قواعد المجلة ومرتبة حسب المواضيع ، وهي ذات فائدة كبرى في مجال المعاملات المالية .

أولا : قواعد إعمال الكلام وإهماله :

- قاعدة : (إعمال الكلام أولى من إهماله) . المادة /٦٠ .
- قاعدة : (إذا تعذر إعمال الكلام يهمل) . المادة / ٦٢ .
- قاعدة : (لا ينسب إلى ساكت قول) . المادة / ٦٧ .
- قاعدة : (السؤال معاد في الجواب) . المادة / ٦٦ .
- قاعدة : (الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر) .

١- قاعدة : (إعمال الكلام أولى من إهماله) ذلك أن إعمال الكلام إعطاؤه حكماً، وإهماله يعني عدم ترتيب ثمرة عملية عليه . (١)
ومآل هذه القاعدة أن المسلم العاقل يصان كلامه عن الأهواء ما أمكن ، بـأن ينظـر إلى الوجه المقتضي لتصحيح كلامه ، فيحمل أولاً على الحقيقة ، لأنها الأصل ، فـإن تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز إلا عند عدم الإمكان فيلغى ، فجميع الألفاظ الصادرة من المكلف يجب حمل ألفاظه على المعني المفيد لحكم جديد .

---

(١) المدخل الفقهي ، ١٠٠١/٢

وبناء على ذلك قرر الفقهاء عدة تفريعات منها :

أ - إذا أقر إنسان على نفسه بموجب صك أن لفلان عليه ألف ريال ، ولم يبين سبب التزامه بالألف ثم أقر ثانية في صك آخر بألف أخرى ولم يبين سبب التزامه بها فإنه يطالب بألفين فإذا ادعى الورثة أن الألف الثانية هي الأولى لا يقبل قولهم (1)

ب - إذا أوصى بألف ريال في وجوه الخير ، ثم أوصى بألف أخرى في نفس الوجه ففي هذه الحالة تعتبر الوصية بألفين ، فإذا ادعى الورثة أن الألف الثانية هي الأولى لا يقبل قولهم .

٢- (إذا تعذر إعمال الكلام يهمل) (٢) المادة / ٦٢ .

فإذا تعذر إعمال الكلام بأن كان لا يمكن حمله على المعنى الحقيقي أو المجازي أو كان الواقع يكذبه حساً أو عادة ، فإنه يلغى في هذه الحالة ولا يعمل به ؛ ومن ذلك : لو وقف على أولاده ، وليس له إلا أولاد أولاد ، حمل عليهم ، لتعذر الحقيقة وصوناً للفظ عن الإهمال .

وكذلك لو ادعى المتولي على الوقف أنه صرف مبلغاً لا يحمله الظاهر فإن دعواه تلغى ، وإن كان أقام البينة عليها لتعذر إعمال كلامه .

٣- (لا ينسب لساكت قول) (٣) المادة / ٦٧ .

إذا كان الإنسان قادراً على الكلام لا يقبل منه التعبير في الباطن بأي وسيلة ممكنة كالسكوت ، لأنه لا يقال لساكت إنه قال كذا أو كذا أو كذا إلا في حالات خاصة عبرت عنها القاعدة ،إلاّ أن ((السكوت في معرض الحاجة بيان)) .

---

(1) المدخل الفقهي ، ٢/١٠٠٢

(2) شرح القواعد الفقهية ، ص١٣٥ وكذا شرح المجلة لرستم ص٤٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٢٨ ، وابن نجيم /١٥٢ والقواعد الفقهية /٣٩٣ .

(3) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص١٤٢ ، وابن نجيم ص١٥٤ ، وشرح المجلة لرستم ، ص٤٧ ، وشرح القواعد الفقهية ، ص٣٣٧ ، وإيضاح المسالك ، ص٣٧٣ .

وفرع الفقهاء عليها عدة فروع منها :

- إذا رأى صاحب المال أجنبياً يبيع ماله فسكت لا يعتبـر سـكوته إجـازة أو إذنـاً إلا أن المشتري إذا قبض العين بحضور صاحبها وظل ساكتاً فيكون ذلك منه إجازة للبيع .

إلا أن السكوت من القادر على الكلام في معرض الحاجة إلى البيان بيان، بشرط دلالة من حال المتكلم أو يكون هناك ضرورة لدفع الضرر، ففي هذا الأحوال يعتبر السكوت إقراراً :

كسكوت المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه يجعله كالمنكر وتـرد اليمـين على المدعي في هذه الحالة .

٤- قاعدة : (السؤال معاد في الجواب) المادة /٦٦

أو : (السؤال كالمعاد في الجواب) (١)

تعني هذه القاعدة أنه إذا ورد الجواب مجملاً بإحدى أدوات الجواب كنعم أو بلى بعد سؤال مفصل يعتبر الجواب مشتملاً على جميع الجزئيات الواردة تفصيلاً في السؤال لأن مدلولات أدوات الجواب تعتمد على ماقبلها .

٥- قاعدة : " الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر "

لما كانت الإشارة إلى الشيء الحاضر آكد من الإيضاح فإنه لايعتد بوصفه كما هـو حـال الشيء الغائب فإن الوصف معتبر فيه .

ولأجل أن يكون الوصف لغواً يجب وجود شرطين اثنين هما :

الأول : أن يكون الشيء الموصوف موجوداً في مجلس الوصف .

الثاني : أن يكون ذلك الشيء الموجود في مجلس الوصف من جنس الموصوف حتى إذا لم يوجد الشرط الأول - أي إذا لم يكن الموصوف حاضراً . ووجد الشرط الثـاني فقط يكون الوصف معتبراً ، كذلك لو وجد الشرط الأول ، ولم يوجد الشرط الثاني - أي إذا لم يكن الموصوف من جنس الوصف - يعتبر الوصف أيضاً .

---

(١) الفتاوى لابن تيمية ٥٢٧/٢١ .

من أمثلة هذه القاعدة :

١- إذا قال : بعتك هذا الحجر من الماس ، ثم ظهر أنه مـن الزجـاج ، فـالبيع باطـل لاختلاف الجنس ، وإن أشار إليه .

٢- وإذا باع بقرة حلوباً ثم ظهر أنها غير حلوب ، فالمشتري بالخيار بين أن يأخذها بكل الثمن أو أن يترك . (١)

ثانياً : قواعد المانع والمقتضي :

قاعدة : (إذا زال المانع عاد الممنوع) .

وقاعدة : (ماجاز لعذر بطل بزواله) .

وقاعدة : (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع) .

١- قاعدة : (إذا زال المانع عاد الممنوع) (٢) المادة /٢٤

أو : إذا زالت العلة عاد المعلول .

المانع في اللغة : اسم فاعل من المنع ، وهو الذي يمنع سواه ويكون حائلاً دونه .

والمانع في الاصطلاح : هو كل مايستلزم وجوده انتفاء غيره ، وبهـذا يكـون المـانع عكـس الشرط، الذي يلزم من وجوده وجود غيره ، ومن عدمه عدم غيره .

ومن أمثلة المانع الذي يلزم من وجوده عدم غيره :

أ - الدين على المتوفى يمنع الميراث، فإذا قام الورثة بتوفية دين مورثهم عاد حقهم في الإرث .

ب - لو اطلع على عيب قديم في المبيع له رده ، ولكن إذا حدث عنده عيب آخر امتنع الـرد ، فإذا زال العيب الحادث ولو عند المشتري عاد الرد (٣)

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر : ج١ ، ص٥٨ ، بتصرف .

(٢) المنثور في القواعد ، ٣٤٨/١ .

(٣) شرح القواعد الفقهية ، ص١٩٢ .

٢- قاعدة : (ما جاز لعذر بطل بزواله) (١) المادة ٢٣/ .

هذه القاعدة تفيد عكس ما أفادته القاعدة السابقة ، حيث تفيد أن ما جاز لسبب ثم زال السبب بطل الحكم ، في حين أن القاعدة السابقة تفيد أن ما امتنع لسبب ثم زال السبب المانع فإن الحكم الأصيل يعود .

ومن أمثلتها :

نص الفقهاء على أنه يجوز للحاكم أن يحجر على السفيه بسبب سفهه وطيشه ، فإذا اكتسب السفيه صلاحاً فيلزم الحاكم فك حجره .

٣- قاعدة : (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع) (٢) المادة ٤٦/

إذا تعارض ما يمنع وجود شيء أو حكمه والمقتضي لهذا الحكم ، فإنه يقدم المانع لما هو متعارف عليه من أحكام الشريعة أنها تعني بالمنهيات أكثر من اعتنائها بالمأمورات لقولهﷺ : "ما نهيتُكم عن شيءٍ فاجتنبوه ، وما أمرتُكم به فأتوا منه ما استطعتم " ، ولقاعدة : (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام) .

فإذا تساوي المقتضي والمانع كما في مسألة بيع الراهن للعين المرهونة ، فإن المانع والمقتضي فيها متساويان لتعلقهما بالمال المرهون على السواء ، لذا يقدم المانع على المقتضي ، فيكون البيع موقوفاً على إجازة المرتهن ؛ لأن كون الرهن ملك الراهن يقتضي نفوذ البيع ، وتعلق حق المرتهن بالرهن مانع لنفوذ البيع في الحال فيقدم المانع في هذه الحالة .

أما إذا زاد المقتضي على المانع فيقدم المقتضي ، كما لو أن إنساناً اضطر إلى طعام الغير ليسد جوعه ويدفع الهلاك عن نفسه ، فإنه يجوز له تناوله جبراً عن صاحبه ويضمنه له ، وتجويز الفقهاء التناول للطعام جبراً على المالك ترجيح لجانب المقتضي وهو إحياء النفس على المانع ، وهو كون الطعام ملكاً للغير وما ذاك إلا لكون المقتضي رابياً على المانع فإن حرمة النفس أعظم من حرمة المال .

١- الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص٨٣ .

٢- المنثور في القواعد ، ٣٤٨/١ ، والقواعد لابن رجب ، ص٩٧ .

ثالثاً : قواعد تغليب الحرام :

قاعدة : (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام) .

قاعدة : (ما حرم أخذه حرم إعطاؤه) .

قاعدة : (ما حرم استعماله حرم اتخاذه) .

قاعدة : (ما حرم فعله حرم طلبه) .

١- (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام) (١)

أو : (إذا اجتمع حظر وإباحة غلب جانب الحظر) .

أو : (إن الحرام ما خالط الحلال إلا غلب جانب الحرام) .

والأصل في هذه القاعدة حديث عبدا بن مسعود المرفوع الذي قال فيه : "ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحلالَ الحرام" بسند ضعيف .

لكن السبكي قال : إن القاعدة في نفسها صحيحة كما نقل عنه السيوطي .

وقال إمام الحرمين الجويني : لم يخرج عنها إلا ماندر .

وحديث الرسولﷺ : "دع مايريبك إلى ما لايريبك" يعد أصلاً معتبراً لهذه القاعدة ، فإنه إذا أشكل على الإنسان أمر من الأمور بين حلّ وحرمةٍ ، أو شبهة منهما ، فإنه من الورع في دين ا تعالى تغليب جانب الحرمة فيه على جانب الحل ، أو تغليب شبهة الحرام فيه على جانب الحلال ، وفي ذلك بعدٌ عن مواطن الشبه .

ومن أمثلة هذه القاعدة :

- إذا تعارض دليلان : أحدهما يقتضي التحريم ، والآخر يقتضي الإباحة ، قُدِم التحريم في الأصح ، ولما روي عن عثمان بن عفان لما سئل عن الجمع بين الأختين في ملك اليمين : (أحلتهما آية وحرمتهما آية ، والتحريم أحب إلينا) .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص١٠٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص١٠٩ .
وقد جاء في الذخيرة للقرافي ص٣٨٥ ، إذا اجتمع المحرم وغيره من الأحكام الأربعة قُدم جانب المحرم ، وكذا القرافي ١٩٥/٣ .

٢- قاعدة : (ماحرم أخذه حرم إعطاؤه) (١) المادة /٣٤ .

معنى هذه القاعدة : أن الشيء المحرم كما لايجوز أخذه لايجـوز للإنـسان أن يعطيـه لغيره، سواء كان على سبيل المنحة أو العطية ، أو كان غير ذلك ، فيكون هذا من قبيل الدعوة إلى المحرم أو الإعانة والتشجيع عليه ، فيكون المعطي في هذه الحالة شريك الآخذ .

ومن الأمور المقررة شرعاً أنه كما لايجوز فعل الحرام لاتجوز الإعانة عليه لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقْوى ولا تعاونُوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة : ٢]

ومن أمثلة هذه القاعدة :

أ - كما يحرم أخذ الربا يحرم إعطاؤه إلا في حالة الاضطرار إليه .

ب - كما حرم أخذ الرشوة يحرم إعطاؤها إلا ما لابد منه للوصول إلى حقه عند سلطان جائر.

٣- قاعدة : (ماحرم استعماله حرم اتخاذه) (٢)

معنى هذه القاعدة : أن الأشياء التي يحرم استعمالها مثل الأواني المصنوعة من الذهب والفضة ، والكلاب الذي لايصيد أو يحفظ الماشية ، والخنزير ، والخمـر ، والحريـر ، والحلي بالنسبة للرجل ، فإنه يحرم اتخاذها من باب سد الذرائع ، لأن اتخاذها قد يؤدي إلى استعمالها المحرم .

٤- قاعدة : (ماحرم فعله حرم طلبه) . (٣)

وهذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة تقريباً فهي تقضي بحرمة طلب الفعل المحرم من الغير لأن في ذلك دعوة إلى فعل المحرم ، وهذا لايجوز لذا فإن من طلب من الغير شرب الخمر أو الزنى يحرم عليه ذلك لأن فعلهما محرم فكذا طلبهما .

---

(١) المنثور في القواعد ، ٣٦٨/٣ ، والسيوطي ، ص١٥٠ ، وابن نجيم ، ص١٥٨

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص١٥١ .

(٣) ابن نجيم في الأشباه والنظائر ، ص١٥٨ ، والمنثور ٣٦٨/٣

رابعاً : قواعد التوابع :

- **(التابع تابع)**
- **(التابع لايفرد بالحكم)**
- **(من ملك شيئاً ملك ماهو من ضروراته) .**
- **(التابع لايتقدم على المتبوع) .**
- **(يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع) .**
- **(إذا سقط التابع سقط المتبوع) .**
- **(ذِكْر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله) .**
- **(يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً) .**

١ - (التابع تابع) (١) المادة /٤٧ .

إن صور تبعية الشيء لآخر تكون على أحد الأشكال أو الأحوال التالية :

أ - أن يكون جزءاً مما يضره التبعيض كالجلد من الحيوان .

ب - أن يكون من ضرورات الشيء كالمفتاح للقفل ، وكالغمد والحمائل للسيف .

ج - أن يكون وضعاً فيه كالشجر في الأرض ، أو البناء عليها .

هذه الأشياء تكون تابعة لأصلها في الحكم ، وبناء على ذلك قرر الفقهاء الأحكام الآتية :

- **يدخل الجنين تبعاً في بيع الأم وإن لم ينص عليه المتعاقدان .**
- **يدخل المفتاح مع القفل وإن لم يذكره المتبايعان .**
- **إذا أقر إنسان بسيف لآخر دخل جفنه وحمائله .**
- **إذا ذبح شاة في بطنها جنين كان الجنين مذكى تبعاً لذكاة أمه .**

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص١٢٠ ، والأشباه للسيوطي ، ص١١٧ ، والمنثور في القواعد ، ٢٣٨/١

٢- القاعدة : (التابع لا يفرد بالحكم) (١) المادة /٤٨

لما كان الجنين جزءاً من الأم ، فإنه لايفرد بالحكم دون أمه ، بل يكون تابعاً لها ؛ لذا فإن الجنين في بطن أمه لايباع منفرداً عن أمه ، وكما لايباع لايستثنى من البيع ، لأن مالا يصح إيراد العقد عليه منفرداً لايصح استثناؤه من العقد .

ومن أحيا شيئاً له حريم ملك الحريم ، فلو باع حريم ملكه دون الملك لا يصح (٢) .

٣- القاعدة : (من ملك شيئاً ملك ماهو من ضروراته) (٣) المادة /٤٩

تعني هذه القاعدة : أن من ملك شيئاً ملك ماهو من ضروراته ، كمن اشترى داراً مثلاً ملك الطريق الموصل إليها بدون نص عليه ، وإذا اشترى قفلاً دخل فيه مفتاحه لأن المشتري لايتمكن من الانتفاع بالدار دون طريق موصل إليها ، كما لا يتمكن من الانتفاع بالقفل دون مفتاحه ، فكل شيء يدخل في المبيع تبعاً لا حصة له من الثمن .

٤- القاعدة : (يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع) (٤) المادة ٥٤ .

تعني هذه القاعدة : أن الشرائط الشرعية المطلوبة في محل التصرفات يجب توافرها جميعها في المحل الأصلي ، ويتساهل بها في توابعه .

مثل : لو أن المشتري وكل البائع في قبض المبيع فقبضه لايصح قبضه عنه لأن الواحد لايصلح أن يكون مسلماً ومستلماً في آن ، حتى لو هلك المبيع في يد البائع فإنه يهلك على البائع وليس على المشتري ، ولكن لو أن المشتري أعطى البائع أكياساً يضع فيها المبيع فقبل صح التوكيل في ضمن الأمر بالكيل والوضع في الأكياس تبعاً ، وكان ذلك قبضاً من المشتري ، فإن هلك هلك على المشتري ؛ لأنه هلك في ملكه وحيازته .

---

(١) المنثور في القواعد ، ٢٣٤/١ ، وقد جاءت بصيغة "التابع لا يفرد" .

(٢) فقد ذكر السيوطي تحت عنوان القاعدة الثامنة : "الحريم له حكم ماهو حريم له" وبين أن الأصل في ذلك قوله ﷺ : (الحلال بين والحرام بين ... .) ص١٢٥ .

(٣) شروح المجلة المادة ٤٩ والندوي ص٥٩ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص١٢٠ - ١٢١ ، ومن أمثلته أيضاً : لايصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع . فإن باعه مع الأرض جاز تبعاً .

٥- القاعدة : (التابع لا يتقدم على المتبوع) (١) .

ومن أمثلتها :

أ - لو باع بشرط الرهن فقدم لفظ الرهن على البيع لم يصح ، لأن الرهن تبع للبيع لايتقدم على متبوعه .

ب - لو زارع على البياض بين نخيل لم يصح أن يتقدم لفظ المزارعة على لفظ المساقاة لأن التابع لايتقدم على المتبوع .

٦- القاعدة : (إذا سقط التابع سقط المتبوع) (٢)

ومن ذلك إذا مات الفارس سقط سهم الفرس لأنه تابع ، وإذا مات الفرس استحق الفارس سهم الفرس لأنه متبوع .

٧- القاعدة : (ذِكْر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله) (٣) المادة /٦٣

هناك أشياء إذا ذكر بعضها كأنه ذكر كلها ، فالبعض تابع للكل في حكمه . وهذه الحالة لاتكون في الأموال لأن الأموال تتجزأ .

وهذه بعض الأمثلة :

أ - لو قال أحد الورثة : عفوت عن حقي في القصاص سقط القصاص في الجميع لأن حقه هنا بعض من القصاص والبعض لايتجزأ .

ب - لو تنازل الشفيع عن نصف حقه في الشفعة مثلاً سقطت كلها .

ج - لو طلق نصف تطليقة وقعت واحدة ، أو طلق نصف المرأة طلقت .

أما في الأموال : فلو قال قائل : كفلت بربع دينك أو نصفه أو بمبلغ كذا لم يكن والحال هذه كفيلاً بجميع المال بل يعتبر كفيلاً بما التزم به ، لأن المال يتجزأ . فلا يكون حكم البعض هنا حكم كله .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص١١٩ ، والأشباه لابن نجيم ، ص١٢١ ، والمنثور في القواعد ، ٢٣٦/١ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص١١٨ ، وابن نجيم ، ص١٢١ ، والمنثور ٢٣٥/١ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص١٦٠ ، وابن نجيم ، ص١٦٢

٨- (يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً) (١)

هذه القاعدة عكس قاعدة : (التابع لايفرد بالحكم) ، لأن التابع يتبع متبوعه سواء أكـان من أجزائه مما يضره كالجلد من الحيوان ، أو كان من ضروراته كالمفتاح مع القفـل ، أو وضعاً فيه كالشجر في الأرض ، ففي مثل هذه الصور وأشباهها يكـون التـابع مـع متبوعه في الحكم ، ولايستقل عنه بحال .

ولكن إذا كان التابع مما يمكن استقلاله فيما يخصه ويتلاءم معه فإنه يثبت لـه الحكـم مستقلاً عن متبوعه

من ذلك : شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب ، ولا يثبت النـسب بـشهادتهن بـه استقلالاً .

لوصي اليتيم ووكيله أن يبتاعا بزائد على ثمن المثل مما يتغابن بمثله عادة ، ولا يجوز لهما هبة ذلك القدر ابتداء (أي استقلالاً) .

(١) القواعد لابن رجب القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المائة .

خامساً : قواعد الأصل والفرع :

١- إذا سقط الأصل سقط الفرع .
٢- إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .
٣- الساقط لايعود كما أن المعدوم لايعود .
٤- قد يثبت الفرع دون الأصل .

١- قاعدة : (إذا سقط الأصل سقط الفرع) (١) المادة /٥٠

إن من طبيعة الأمور أن الأصل إذا سقط سقط الفرع لتوقف وجوده على أصله ، مثله إذا سقط التابع سقط المتبوع كما مر معنا، وقد فرع الفقهاء فروعاً على هذه القاعدة منها :

أ - إذا أبرأ الدائن المدين وكان مكفولاً من قبل شخص آخر برئ الكفيل أيضاً ، مما يسقط الرهن إذا كان الدين موثقاً بالرهن بخلاف العكس .

ب- تبطل الوكالة بموت الموكل لأن الموكل هو الأصل في الوكالة ، والوكيـل فـرع فيها ، وعليه فيعزل الوكيل بموت موكله مالم يتعلق بالوكالة حقوق للغير .

٢- قاعدة : (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه) (٢) المادة /٥٢

ومثله قولهم : (إذا بطل المتضمن بطل المتضمن) .

تفيد هذه القاعدة أن العقد إذا بطل بطل معه كل الشروط والالتزامات المترتبة علـى العقد لأنها تبع له ، والأصل إذا سقط سقط معه الفرع .

وقد فَرع الفقهاء على هذه القاعدة عدة مسائل منها :

أ - لو كان لشخص على آخر دين مؤجل فتم الاتفاق بين الدائن والمدين علـى أن يبيع المدين للدائن شيئاً مقابل ما له عليه من دين وحصل البيع سقط الأجل.

ب - ولو تبايعا وتم التقابض في المبيع ، فأبرأ كل منهما الآخر عن كل حق ودعوى تتعلق بهذا البيع ، ثم استحق المبيع من يد المشتري ، فإنه يرجع بالثمن علـى البائع ، لأنه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بطل الإبراء المبني عليه .

---

(١) المنثور في القواعد ، ٢٣٥/١ ، الأشباه لابن نجيم ، ص١٢١ ، والسيوطي ، ص١١٩

(٢) شرح القواعد الفقهية ، ص٢٧٣ ، والمدخل الفقهي العام ١٠٢٢/٢ ، وشرح المجلة ص٤١ .

٣- قاعدة : (الساقط لايعود كما أن المعدوم لايعود) المادة ٥١/ .

مجال هذه القاعدة الحقوق ، إذ تعني أن مايسقط من الحقوق بسبب مسقط يصبح بسقوطه معدوماً فلا يعود إلى الوجود مرة ثانية فشأنه شأن المعدوم ، فكما أن المعدوم لايثبت وجوده وهذا أصل ، كذلك الساقط فإنه يأخذ حكم المعدوم وهو فرع .

وقد فرع الفقهاء على ذلك بعض المسائل :

أ - إذا أبرأ الدائن مدينه سقط الدين فلا تمكن استعادته إذا ندم الدائن فأراد الحصول عليه بعد إسقاطه. فليس له ذلك، كما لاتسمع الدعوى بذلك الدين أمام القضاء، حتى لو أقر المدين .

ب - إذا سلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن سقط حقه في حبس المبيع لأجل استيفاء الثمن ، فلا يعود له حق استرداد المبيع لأجل احتباسه بعد ذلك ، وإنما له مطالبة المشتري بالثمن فقط .

ج - إذا كان لرجل في أرض غيره حق مرور أو مسيل ماء فأسقطه بأن سمح له بالبناء عليه ثم ندم بعد ذلك ، لايحق له المطالبة بالحق الذي أسقطه لأنه أصبح كالمعدوم. (١)

٤- قاعدة : (قد يثبت الفرع دون الأصل) المادة ٨١/ .

وهذه القاعدة عكس القاعدة الأصل "إذا سقط الأصل سقط الفرع" .

ومجال هذه القاعدة الحقوق فقط إذ تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء ولا تبحث عن نشوئها في الواقع ، لأن وجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرع عنه ، ولكن إثبات المسئوليات الحقوقية على الأشخاص قد تفقد وسائله المثبتة على الأصل ، وتتوافر في حق الفرع فقط .

ومن أمثلة هذه القاعدة :

لو ادعى شخص على اثنين أن أحدهما استقرض منه مبلغاً من المال ، وأن الثاني كفله، فاعترف الكفيل بالكفالة ، وأنكر الآخر ، وعجز المدعي عن إثبات القرض عليه ، ففي مثل هذه الحالة يؤخذ المبلغ من الكفيل ، لأن المرء مؤاخذ بإقراره .

---

(١) شرح القواعد الفقهية ، ص٢٦٥ .

سادساً : قواعد الأصل والبدل :

١- قاعدة : (إذا بطل الأصل يصار إلى البدل) .
٢- قاعدة : (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز) .
٣- قاعدة : (الكتاب كالخطاب) .
٤- قاعدة : (الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان) .
٥- قاعدة : (تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات) .
٦- قاعدة : (الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر) .
٧- قاعدة : (ماقارب الشيء أعطي حكمه) .

١- قاعدة : (إذا بطل الأصل يصار إلى البدل) (١) المادة /٥٣ .

أو : (بدل الشيء قائم مقام أصله) .

فلو عقد الإجارة على شهر فإن وقع العقد في أول الشهر اعتبر بالأهلة لأنه الأصل ، وإن وقع العقد في أثناء الشهر تعذر اعتبار الشهر وهو الهلال فيصار إلى البدل وهو الأيام.

ولا يجوز الحكم بالبدل إذا كان الأصل ممكناً لأن الفروع والأبدال لايصار إليها إلا عند تعذر الأصول ، وعند ذلك تقوم مقام الأصول وتسد مسدها .

٢- (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز) (٢) المادة / ٦١ . أو (الأصل عدم المجاز)

الحقيقة هي الأصل الراجح المقدم في الاعتبار ، والمجاز خلف عن الحقيقة عند تعذر إرادة المعنى الحقيقي .

وتعذر الحقيقة قد يكون بعدم إمكانها أصلاً لعدم وجود فرد لها في الخارج كما لو وقف على أولاده ولم يكن له أولاد من صلبه وإنما له حفدة ، ففي هذه الحالة ينصرف الوقف إليهم لأنهم أولاد الأولاد ويعتبرون أولاداً مجازاً ، فلما لم تكن الحقيقة موجودة انصرف كلامه إلى المجاز ، والمجاز يحل محل الحقيقة عند تعذر العمل بها .

---

(١) شرح المجلة ، ٢٧٢/١ ، وكذلك ، ص٤٨٩ ، ٤٩٠ والمادة ٢٩٨ من مواد مجلة الأحكام وإعلام الموقعين ٣٩٩/٣ والقواعد لابن رجب ص٣٠١٤ في صياغة هذه القاعدة لو كان بدلاً من لفظ "بطل " لفظ تعذر لكان أفضل ، لأن لفظ بطل يعني انعدام الأصل في حين لفظ تعذر ينطبق تماماً على فروع الأحكام التي تفرعت عن القاعدة .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص١٣٥ ، والمدخل الفقهي فقرة ٦١٧ ، ص١٠٠٤ ، الوجيز ص١٩٠ ، والذخيرة للقرافي ص٥٢ .

٣- قاعدة : (الكتاب كالخطاب) المادة ٦٩

إذا تعذر إجراء العقد بين المتعاقدين بواسطة الكلام ، أو الصيغة اللفظية وهـي الأصـل لكون المتعاقدين غير حاضرين في مجلس العقد بأن كان كل منهما فـي مكـان ويتعـذر التخاطب بينهما ، يقوم البدل عن اللفظ في عملية التبادل ألا وهو الكتاب بشرط أن يكـون الكتاب مستبيناً بحيث تظهر حروفه ويفهمها المرسل إليه الكتاب .

٤- قاعدة : (الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان) المادة /٧٠ .

الإشارة المعهودة أي المعلومة والمعتادة للأخرس سواء أكانت برأسه ، أو يده ، معتبـرة كالبيان باللسان ، وقائمة مقامه في إنشاء العقود كالنكاح والطـلاق والبيـوع والإقـرار والإنكار وغيرها من العقود والتصرفات .

والإشارة بديل عن الخطاب والكلام، فإذا تعذر الأصل يصار إلى البـدل، وهـو الإشـارة بالنسبة للأخرس، بشرط أن تكون معهودة، أي معلومة معتادة وإلا لم تعتبر في إنشاء العقود .

٥- قاعدة : (تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات) (١) المادة / ٩٨ .

تبدل سبب الملك - أي علته - قائم مقام تبدل الذات ، وعامل عمله تماماً .

وفرع الفقهاء عليها : إذا وهب شخص لغيره عيناً كانت موهوبة له من قبل ثم عادت له العين بسبب جديد بأن اشتراها، أو أخذها صدقة، فأراد الواهب أن يرجع بهبته لايملك ذلك

٦- قاعدة : (الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر) المادة / ٦٥ .

وذلك باعتبار أن الأصل في العقود الرؤية في الحاضر والوصف بديل عنه في حال تعذره، فالرؤية تقطع الاشتباه والاشتراك بغير المعقود عليه في مجلس العقد ولا يقال من قوتـه وصف واهم ، كما لو أراد البائع بيع فرس أشهب - أشقر - حاضر في المجلس وقال : بعتـك هذا الفرس الأدهم - الأسمر - وقبل المشتري صح البيع من الفرس الأشهب ولغا وصف الأدهم فإذا انفرد الوصف في التعريف بأن كان المعقود عليه غائباً عن المجلس فإن الوصف هو المعتبر كبديل ، فإن جاء المعقود عليه طبقاً للوصف صح العقد وإن جاء مخالفاً كان الخيار للمشتري . (٢)

---

(١) المنثور في القواعد ١٦٤/١ ، وإيضاح المسالك ص١٤٢ .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ج١ ، ص٤٢ ، وشرح القواعد الفقهية : ص١٧١ بتصرف

٧- قاعدة : (ماقارب الشيء أُعطي حكمه)

معنى القاعدة أن الالتزامات التي يلتزمها الإنسان سواء كانت دينية أو عقدية إذا عجز الإنسان عن إتيانها على الوجه المطلوب جاز أداؤها بما يقارب المطلوب ويقوم مقامه .

وقد فرع الفقهاء على هذه القاعدة بعض الأحكام .

أ - في الضمان : إذا أتلف رجل على آخر مالاً متقوماً ولم يكن لهم نقد ففي هذه الحالة يقوم المتلف بنقد أقرب البلاد إليهم .

ب - في التسليم : اذا عين البائع موضعاً لتسليم العين المعقود عليها فخرب ذلك الموضع وخرج عن صلاحية التسليم ، أو حدث خوف يمنع من التسليم فيه - فإنه يتعين في هذه الحالة أقرب موضع إليه صالح للتسليم .

سابعاً : قواعد البقاء والابتداء :

١- (البقاء أسهل من الابتداء) المادة / ٥٦

تعني هذه القاعدة أن الأمر الذي لايجوز فعله ابتداء يجوز بقاؤه لأن البقاء أسـهل مـن الابتداء ، كما أن الدفع أسهل من الرفع .

فلو كان لرجل داران على جانبي الطريق ، فأراد أن ينشىء جسراً بينهما فإنه يمنع مـن ذلك ، إلا أنه إذا أقام الجسر فإنه لايهدم إن لم يكن فيه ضرر على العامة وإلا هدم .

٢- (يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء) المادة / ٥٥ .

هذه القاعدة بمعنى سابقتها ، وكلتا القاعدتين ليس لهما شبيه عند غير الحنفية ، إلا أنهم اتفقوا على معنى القاعدة في بعض تفاريع الأحكام .

معنى هذه القاعدة ، أنه يتسامح في البقاء ما لا يتسامح في الابتداء ، وفرعـوا عليهـا بعض الأحكام ، ومنها في مجال المعاملات المالية :

- إذا عقد المتبايعان البيع ابتداء بلا ثمن فسد البيع إلا أنهما إذا تعاقدا بثمن ثم حط البائع الثمن عن المشتري صح حطه .

٣- قاعدة : (المنع أسهل من الرفع) (١)

ومعنى هذه القاعدة : أن بعض التصرفات يمكن منعها من أول الأمر لسبب من الأسباب ، فإذا تلبس أصحابها بها وأريد إخراجهم عن هذه التصرفات قد يصعب ذلك ، لذا فإن المنع الأولى أسهل من الرفع والمنع لها ، وهي شبيهة بسابقتها . مثالها :

إن أهل الذمة يمنعون من إحداث معابدهم، ولا يمنعون من إبقائهـا إذا دخـل ذلـك فـي عهدهم.

---

(١) القواعد لابن رجب ص٣٠٠ ، والمنثور للزركشي١٥٥/٢ والقواعد الفقهية للندوي .

ثامناً : قواعد الشرط :

١ - قاعدة : (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط) (١) المادة / ٨٢ .

مجال هذه القاعدة نظام المعاملات ، أو أحكام المعاملات المالية ، حيث تقضي هذه القاعدة أن المعاملات أو العقود التي علق وجودها على بعض الشروط الجائزة شرعاً ، فإنه يتوقف ثبوتها على وجود ذاك الشرط الذي علقت عليه ، كأن يقول شخص لآخر : بعتك داري إن قدم زيد من سفره ، فهنا علق حصول البيع على قدوم زيد ، فإن قدم زيد ثبت وتم العقد .

وجاء في "أخبار القضاة" : "من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه" (٢) .

والعقد لا يكون معلقاً إلا إذا تحقق شرطان :

١ - أن يكون الشيء المعلق عليه غير موجود وقت العقد ، فإن كان موجوداً فإن التعليق حينئذ يكون صورياً والعقد ناجز في الحال .

٢- أن يكون الشيء المعلق عليه على إمكانية الوجود بأن يكون حصوله ممكناً ، فإن كان المعلق عليه مستحيلاً كان العقد باطلاً .

ويصاغ التعليق عادة بإحدى أدوات الشرط التي تربط بين فعلين مثل :

إن ، وإذا ، ومتى ، وكلما .

فائدة :

وتنقسم العقود من حيث جواز تعليقها أو عدم جوازه إلى الأقسام الآتية : (٣)

---

(١) مجلة الأحكام المادة /١٨٢ ، وبدائع الصنائع ١٨٤٢ .

(٢) أخبار القضاة لوكيع بن الجراح ٣٤٠/٢

(٣) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، د. التركماني ، ص٢٥٠ - ٢٥٤ بتصرف .

القسم الأول : عقود يجوز تعليقها بأي شرط ، وهذا القسم نوعان :

١- الوصية والوكالة :

لأنها عقود لايشترط فيها اتحاد المجلس، وهي عقود غير لازمة ، فلو قال شخص لآخر : إذا وجدت في السوق كذا وكذا فأنت وكيلي في شرائه ، أو إن مت فأنت وصيي على أولادي الصغار ، صح إذا تحقق الشرط وإلا فلا .

٢- الإسقاطات المحضة : مثل الطلاق وتسليم الشفعة بعد ثبوتها .

كأن يقول الزوج لزوجته : إن خرجت من المنزل فأنت طالق ، أو قال الجار لجاره : إن كان المشتري فلاناً فقد أسقطت شفعتي ، صح هذا التعليق .

القسم الثاني : عقود يصح تعليقها بالشرط الملائم .

والشرط الملائم هو الذي له صلة بالعقد بأن يكون الشرط مفضياً إلى العقد ، كاشتراط الكفيل في الثمن ، أو الرهن ، أو اشتراط ثبوت الدين المعلق على شرط الكفالة ، بأن قال شخص لآخر : إن أقرضت فلاناً كذا من المال ، فأنا ضامن له ، فالعقد في هذه الصورة وأمثالها يصح لأن الشرط المعلق عليه شرط ملائم .

القسم الثالث : عقود لاتقبل التعليق بالشرط غير الملائم .

١- عقود التمليكات لاتقبل التعليق على شرط سواء كانت عقود معاوضات أو تبرعات وسواء أكان التمليك للعين أم المنفعة .

٢- عقود المبادلات غير المالية : كعقد النكاح ، إذا كان معلقاً على شرط كقول الخاطب : تزوجتك إن رضي أبي ، أو قال : تزوجت موليتك إن حضر أو رضي أبي فالعقد مع هذه الشروط باطل .

٢- قاعدة : (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان) المادة /٨١ .

والمراد بالشرط هنا هو الشرط المقيد الذي يعتبر موجوداً بيد الطرفين ، وإنما التزم المتعاقدان تعديل آثاره . وهو على ثلاثة أنواع (١) :

شرط جائز : وهو الذي يقتضيه العقد أو يلائمه وجرى العرف به ، كشرط الخيار ، وشرط الأجل ، وشرط الكفيل .

---

(١) معالم السنن للخطابي ١٤٧/٥ ، والمنثور للزركشي ٢٣٩/٢ ، ٢٤٠

شرط باطل : وهو الذي يبطل العقد ، كشرط عدم تسليم المبيع ، وشرط عدم الانتفاع به .
شرط فاسد : وهو الذي لايبطل العقد وإنما يكون معه الشرط فاسداً فقط ، كبيعه عقاراً بشرط عدم بيعه إلى غيره فيصح العقد ويلغى الشرط ، ومن ذلك أن يعقد بشرط عدم الاستمتاع فالعقد صحيح ، والشرط ملغى . والواقع أن الشروط العقدية محل خلاف بين فقهاء المذاهب الفقهية من جهة ، ومن جهة أخرى محل خلاف بين المتقدمين والمتأخرين من فقهاء المذهب الواحد (١)

٣- قاعدة : (المواعيد بصورة التعاليق لازمة) المادة /٨٤ .
هذه القاعدة استخرجت من فروع المذهب الحنفي ، ولم تكن هذه القاعدة محل اتفاق في اعتبارها عند الفقهاء من جميع الوجوه .
حيث إن الفقهاء اتفقوا على القول بأن الوفاء بالوعد مستحب ، وأنه من مكارم الأخلاق ، وهذا القدر من الاتفاق لم يصل إلى درجة إلزام الواعد الوفاء بما التزم به .

وذهب الحنفية إلى القول بلزوم الوفاء بالوعد إذا كان معلقاً على شرط منعاً للتغرير بالموعود . فإن قال شخص لآخر : بع فلاناً هذا الشيء فإن لم يعطك الثمن فأنا أعطيك إياه فباعه ، ولم يعطه المشتري الثمن لزم الثمن الكفيل في هذه الحالة . (٢)

٤- قاعدة : (الشيء إذا عظم قدره شُدد فيه وكثرت شروطه ..) (٣)
من ذلك :
أن النكاح لما كان عظيم الخطر ، جليل القدر ، فقد شدد الشرع فيه فاشترط الصداق والشهادة والولاية ، وخصوص الألفاظ دون البيع .
وكذلك : الذهب والفضة لما كانا رؤوس الأموال وقيم المتلفات ، شدد الشرع فيهما فاشترط المساواة والتناجز وغير ذلك من الشروط التي لم يشترطها في البيع في سائر العروض

---

(١) المدخل الفقهي ٤٧٩/٢ ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، للتركماني ، ص٢٥٠ - ٢٥٤
(٢) وذهب إلى قريب من هذا فقهاء المالكية حيث قالوا بلزوم وفاء الواعد بوعده ، إذا كان الوعد مبنياً على سبب ، وشرع الموعود في الدخول في هذا السبب فعلاً . انظر : ضوابط العقد ، للتركماني ، ص٢٣ - ٢٤ .
(٣) الفروق ١٤٤/٣ ، والقواعد الفقهية ٤٣١ ، ٤٣٢ .

تاسعاً : قواعد التصرف والملك :

- (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه) المادة /٩٦ .
- (الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل) المادة /٩٥ .
- (لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي) المادة /٩٧ .
- (من قصد إلى مباح فقد ملكه) .

١- قاعدة : (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه) (١)

معنى هذه القاعدة : أنه لايحل لإنسان أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن سواء بالقول أو الفعل .

وذلك أن التصرف في ملك الغير إما أن يكون :

أ - تصرفاً فعلياً : إذا كان التصرف في ملك الغير بإذن سابق لا حرج فيه لأن الإذن السابق توكيل ، وإن كان بغير إذن كان إتلافاً وغصباً وكلاهما محظور شرعاً .

ب - تصرفاً قولياً : إذا كان التصرف في ملك الغير قولياً فلا يتصور إلا في تصرف الفضولي ولا ضرر فيه لأن تصرفه موقوف على إجازة المالك ، ولا شيء في هذا ، إنما تأتي المسئولية فيما لو تجاوز الفضولي القول إلى العمل بأن قام بتسليم العين إلى المشتري (٢)

٢- قاعدة : (الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل) (٣)

تفيد هذه القاعدة معنى غير الذي أفادته القاعدة السابقة التي منعت غير المالك من التصرف بمال غيره بدون إذن شرعي ، في حين أن هذه القاعدة بينت أن الغير كما لايملك حق التصرف في مال الغير فإنه لايملك أيضاً الحق في أن يأمر غيره بالتصرف فيه؛ لأن فاقد الشيء لايعطيه . فمن لايملك حق التصرف فإنه لايملك الأمر به .

وبناء على هذه القاعدة : لو أمر شخص غيره بأن يأخذ مال آخر ويلقيه في البحر أو يحرقه أو أن يذبح شاته فلا عبرة لأمره والضمان على الفاعل إلا إذا كان مجبراً أو مغرراً به بأن قال له : اذبح شاتي ، ثم تبين أن الشاة لغيره فالمسئولية تقع على الآمر الغار أو المكره .

---

(١) لو جاءت هذه القاعدة بصيغة بلا إذن لكان أفضل حيث تصبح عامة في معناها حيث تشمل إذن المالك ، وإذن الشرع والإذن العرفي .

(٢) شرح القواعد الفقهية ، ص٤٦١ ، والمدخل الفقهي العام ، ١٠٣٨/٢ ، وشرح المجلة ٦١/١ .

(٣) المنثور في القواعد ، ٢١١/٣ .

٣- قاعدة : (لايجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي) .

إذا كانت الشريعة لاتبيح لإنسان أن يتصرف في مال الغير ولو بالقول بغير إذنه أو يأمر غيره بالتصرف فيه فمن باب أولى أنها لاتبيح له أن يأخذ مال غيره إلا بسبب شرعي . فإن أخذه بغير مسوغ شرعي كان ضامناً له يجب عليه رده ؛ لقوله ﷺ : "على اليد ما أخذت حتى تؤديه".

وعليه :

إذا أخذ مال الغير مستنداً إلى حق ثابت ، فإنه يجوز أخذه ولو بغير رضى صاحبه كالدائن إذا وجد عين دينه بعد وفاة المدين أو إفلاسه . (١)

٤- قاعدة : (من سبق إلى مباح فقد ملكه) (٢)

المباح : هو كل مالم يدخل في ملك خاص ، ولا مانع من تملكه شرعاً ، كحيوان الصيد ، وحطب البوادي ، والكلأ في السهول والمراعي وما إلى ذلك .

وتتوقف ملكية هذه المباحات على شرطين :

الأول : أن لايكون قد سبق إلى إحراز المباح شخص قبله .

الثاني : أن يقصد تملك هذا المباح .

فلو جمع إنسان ماء المطر في وعاء وتركه فليس لغيره أن يأخذه لأنه قد خرج عن حكم الإباحة بإحراز الأول له ، وأصبح مملوكاً له ، تمشياً مع القاعدة الفقهية : "من سبق إلى مباح فقد ملكه" ، وكذا لو جمع الإنسان حطباً من البرية وتركه فليس لغيره أخذه ، وهكذا في بقية المباحات .

ولو نشر الصائد شبكته فوقع فيها الصيد ، فيملكه بمجرد الوقوع، وليس لغيره أخذه

وعد العلامة الشيخ مصطفى الزرقا الغنائم الحربية من المباحات ، لأنها أموال غير محترمة ، بعد دخول المحاربين في حرب مع المسلمين ، وهي أيضا من باب المعاملة بالمثل .

---

(١) المدخل الفقهي العام ١٠٤١/٢ - ١٠٤٢ ، ومعالم السنن للخطابي ١٦٩/٥ .

(٢) المدخل الفقهي العام ٢٤٤/١ ، ٢٤٥ .

عاشراً : قواعد الخراج والضمان :

١- (الخراج بالضمان) .

٢- (الغرم بالغنم)

٣- (النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة) .

٤- (الأجر والضمان لايجتمعان) .

٥- (الجواز الشرعي ينافي الضمان) .

٦- (الأصل في الضمان أن يضمن المثلي بمثله والمتقوم بقيمته) .

١- قاعدة : (الخراج بالضمان) (١) المادة /٨٥ .

ومثلها ماجاء في "أخبار القضاة" لوكيع بن الجراح قوله : "من ضمن مالاً فله ربحه" .

هذه القاعدة نص حديث نبوي جاء بمناسبة واقعة خلاصتها : أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقـام عنده ماشاء أن يقيم ثم وجد به عيباً فرده عليه ، فقال البائع : يا رسول ا ، قد اسـتغل غلامي فقالﷺ : "الخراج بالضمان" .

وقد جاء في "التمهيد" لابن عبدالبر قوله : (الغنم إذا كان الخراج والغلـة ، كـان الغـرم ماقابل ذلك من النفقة) .

وخراج الشيء : هو الغلة التي تحصل منه كمنافع الشيء .

والضمان : هو تحمل تبعة الهلاك .

ومعنى القاعدة : أن الخراج الحاصل عن الشيء يعد مضموناً إذا كان منفصلاً عنه غير متولد منه ، كمنع أجرة دار السكنى في مقابل ضمان الدار المعيبة لو هلكت لأنها لو هلكـت ؛ كـان ضمانها على المشتري ، لذا فإن منافعها تعتبر طيبة له في هذه الفترة لنهيهﷺ : "عـن ربـح مالم يضمن" (٢) .

---

(١) المنثور في القواعد ، ١١٩/٢ ، ابن نجيم ، ص١٥١ ، والتمهيد لابن عبدالبر ٤٣٨/٦ ، وأخبـار القضاة لوكيع بن الجراح ٣١٩/٢ .

(٢) سنن الدارقطني ٧٥/٣ بلفظ : "لايحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا بيع ماليس عنـدك ، ولا ربح مالم تضمن" .

٢- قاعدة : (الغرم بالغنم) (١) المادة /٨٧.

تعني هذه القاعدة أن من ينال نفع شيء يتحمل الضرر الحاصل منه .

وهذه القاعدة عكس سابقتها حيث تفيد هذه القاعدة أن الضمان أيضا بالخراج .

وبناء على هذه القاعدة فرع الفقهاء عدة فروع منها :

أ - نفقة رد العارية يلتزم بها المستعير لأن نفقة الرد مقابل الاستفادة من العين المعارة ، وذلك بخلاف رد الوديعة فإنها على المالك المودع لأن الإيداع لمصلحته.

ب - أجرة كتابة الصك وأجرة الوزان والكيال على المشتري لأن هذه الأعمال لصالحه.

ج - نفقة تعمير العين المشتركة على الشركاء بقدر حصصهم .

د - نفقة اللقيط على بيت المال لأنه لو مات وله مال ورثه بيت المال .

٣- قاعدة : (النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة) المادة /٨٨ .

هذه القاعدة ترادف القاعدتين السابقتين معاً ، فالجملة الأولى من القاعدة وهي : النعمة بقدر النقمة ، ترادف قاعدة الخراج بالضمان ، والجملة الثانية من القاعدة وهي : النقمة بقدر النعمة ، ترادف الغرم بالغنم .

وهذه القاعدة وإن كانت ترادف القاعدتين السابقتين إلا أنها لم تذكر عبثاً ، بل ذكرت من أجل تقييدهما ، حيث إن القاعدة الأولى لم تحدد الخراج على قدر الضمان ، بل جاءت على صورة يمكن فيها تفاوت الخراج مع الضمان ، فجاء الشطر الأول من هذه القاعدة فقيد أن الخراج على قدر الضمان تماماً ، وهكذا الشطر الثاني . (٢)

---

(١) شرح القواعد الفقهية ، ص٤٣٧ ، شرح المجلة لرستم ، ٥٨/١ ، والمدخل الفقهي ، ١٠٣٥/٢

(٢) شرح القواعد الفقهية ، ص٤٤١ ، شرح مجلة الأحكام لرستم ٥٨/١ ، والمدخل الفقهي ١٠٣٥/٢ .

٤- قاعدة : (الأجر والضمان لايجتمعان) المادة /٨٦ .

هذه القاعدة أخذ بها المذهب الحنفي (١) حيث فرعوا عليها ، ما إذا تجاوز المستأجر إلى مافوق المشروط بوجه يوجب الضمان ، فلا تلزمه الأجرة . مثلاً لو استأجر دابة إلى محل معين فتجاوز بها ذلك المكان وهلكت لزمه الضمان ولا أجر عليه .

وهذا خلاف ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة حيث قالوا بجواز اجتماع الأجر والضمان ، واجتماع العشر والخراج (٢)

٥- قاعدة : (الجواز الشرعي ينافي الضمان) (٣) المادة /٩١.

ففي هذه القاعدة أن الأمر المباح شرعاً سواء كان تركاً أو فعلاً إذا حصل به تلف لايترتب عليه ضمان .

وفرع الفقهاء على هذه القاعدة تفريعات في مجال الفعل والترك .

ففي مجال الفعل : إذا حفر الإنسان بئراً في ملكه الخاص فوقع فيها حيوان أو إنسان لايضمنه الحافر .

وفي مجال الترك للأمر المباح : كأن يطلب شخص من آخر إيصال مال إلى شخص ثالث فتأخر هذا في الإيصال حتى هلك دون تعد منه أو تقصير فلا ضمان عليه لأن الامتناع عن الفعل وهو إيصال المال لصاحبه جائز ، والجواز ينافي الضمان .

٦- قاعدة : (الأصل في الضمان أن يضمن المثلي بمثله ، والمتقوم بقيمته) (٤)

تتمة هذه القاعدة : (فإن تعذر المثل رجع إلى القيمة جبراً للمالية) ، والمثلي : هو ما له مثل في الأسواق بغير تفاوت يعتد به كالمكيلات والموزونات والمزروعات، والعدديات المتقاربة.

والقيمي : هو ماليس له مثل في الأسواق، أو هو مما تفاوتت أفراده ، كالكتب المخطوطة، والثياب المخيطة لأشخاص بأعيانهم .

والمثلي أعدل في دفع الضرر لما فيه من اجتماع الجنس والمالية ، والقيمة تقوم مقام المثل ، وهي بحكم المثل في المعنى والاعتبار المالي .

---

(١) شرح المجلة ، ص٥٧ .
(٢) المغني لابن قدامة ، ٧٧/٨ .
(٣) قواعد الخادمي وشرحها ص٣٥ ، المدخل الفقهي ، فقرة /٦٤٨ .
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٠ ، وابن نجيم ص٦٦ .

حادي عشر : قاعدتا الإباحة :

الأولى : (الأصل في الأشياء الإباحة) .

الثانية : (الأصل في الأبضاع التحريم) .

١- قاعدة : (الأصل في الأشياء الإباحة) .

أو : (ما لا يعلم فيه تحريم يجري على حكم الحل).

يرى جمهور العلماء أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على التحريم .

ومما هو واضح أن عمل القاعدة في الأمور المسكوت عنها في الشريعة ، على الأصل وهو الإباحة ، مالم يقم دليل على التحريم .

٢- قاعدة : (الأصل في الأبضاع التحريم) (١)

تفيد هذه القاعدة عكس ما أفادته السابقة حيث أفادت أن الأصل في الفروج التحريم حتى يوجد السبب المبيح .

ثاني عشر : بعض القواعد المتفرقة الكلية :

١- لايتم التبرع إلا بالقبض .

٢- المشغول لايشغل .

٣- من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه أو : المعاملة بنقيض المقصود .

٤- التأسيس أولى من التأكيد .

١- قاعدة : (لايتم التبرع إلا بالقبض) المادة ٥٧ .

تفيد هذه القاعدة ، أن عقود التبرعات في الحياة لاتتم إلا بالقبض سواء من المتبرع له أو من وكيله من وصي أو ولي أو وكيل ، لقيام هؤلاء مقام الأصل .

أما إذا كان التبرع مضافاً لما بعد الموت كالوصية فإنه لايشترط فيها القبض لأن طبيعة عقد الوصية تبرع مضاف لما بعد الموت لذا لايشترط فيها القبض . (٢)

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦١ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦٧ .

(٢) المغني ، ٤١/٦ ، ونصب الراية ١٢١/٤ .

٢- قاعدة : (المشغول لايشغل) . (١)

تعني هذه القاعدة : أن الشيء الواحد لايكون محلاً لفعلين في وقت واحد .

وقد فرع الفقهاء على هذه القاعدة عدة تفريعات :

١- إذا رهن رهناً بدين ثم رهنه بدين آخر كان الرهن الثاني باطلاً .

٢- إذا باع شخص داراً ثم باعها من ثان كان العقد الثاني باطلاً .

٣- قاعدة : (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه) (٢) المادة ٩٩ .

أو : (المعاملة بنقيض المقصود)

وتعني هذه القاعدة : أن التصرف غير الحكيم ، والاستعجال غير المشروع ، يفوت على صاحبه حقه ، ويعاقب بحرمانه من أخذ هذا الحق الذي تعجل بالحصول عليه في غير وقته ، مسبباً ضرراً لمن بين يديه هذا الحق .

من ذلك : إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، يسقط حقه من حبس المبيع .

٤- قاعدة : (التأسيس أولى من التأكيد) (٣)

وكما قالوا : (الإفادة خير من الإعادة ، فإذا دار اللفظ بينهما تعين حمله على التأسيس) .

من ذلك : إذا قال الزوج لزوجته أنتِ طالق ، طالق ، طالق ، طلقت ثلاثاً ، لأنه يحمل على استئناف طلقة جديدة في كل مرة يتكرر بها لفظ طالق ، وهذا عند أبي حنيفة ومالك، فإن قال : أردتُ طلقة واحدة وهذا التكرار منه تأكيدٌ للطلقة الأولى صدق ديانة لا قضاء ، وقال الشافعي وأحمد : لا يلزمه إلا طلقة واحدة .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص١٥١ .

(٢) مجلة الأحكام المادة /٩٩ ، شرح الأتاسي ٢٦٨/١ ، ودرر الحكام ٨٧/١ والقواعد الفقهية /٤٢٠ ، وجاءت هذه القاعدة عند ابن رجب الحنبلي بلفظ : "من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرمٍ عوقب بحرمانه " ص٢٣٠ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٣٥ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٤٩ .

* * *

الباب الثالث

أصول المعاملات المالية الشائعة

وفيه سبعة فصول :

الباب الثالث

الفصل الأول : المال والملكية :

أولاً : المال : لغة واصطلاحاً

* أقسام المال .

- المال المتقوم وغير المتقوم .
- العقار والمنقول
- المثلي والقيمي .

ثانياً : الملكية .

- تعريفها .
- أقسام الملك .

أ - الملك الناقص .

أولاً : ملك العين .

ثانياً : ملك المنفعة .

ب - الملك التام

أولاً : الحيازه .

ثانياً : الميراث .

ثالثاً : العقود الناقلة للملكية .

الفصل الثاني : العقود

* تعريف العقد .
* أركان العقد .
* الإشتراط في العقد .

- رأي الحنفية .

- الشرط الصحيح
- العقد المنجز
- العقد المقيد بشرط .
- العقد المضاف .
- العقد المعلق .

الفصل الثالث : البيع :

البيوع المستحدثة

الفصل الرابع : الشفعة :

- تعريفها في اللغة والاصطلاح .
- حكمها .
- حكمة مشروعيتها .
- أسبابها .
- الشفعة للشريك على الشيوع .
- الشركة التي تكون محلاً للشفعة .
- الشفعة في المنفعة .
- شفعة الجار المالك والشريك في حق من حقوق المبيع .
- شروط الشفعة بالجوار .
- الشفعة بين ملاك الطبقات .
- أركان الشفعة .
- الشروط الواجب توافرها في الشفيع .
- الشفعة للوقف .
- المشفوع منه .
- التصرفات التي تجوز فيها الشفعة .
- المال الذي تثبت فيه الشفعة .
- مراحل طلب الأخذ بالشفعة .
  - أ - طلب المواثبة .
  - ب - طلب التقرير والإشهاد .
  - ج - طلب الخصومة والتملك .
- الشفعة للذمي على المسلم .
- تعدد الشفعاء وتزاحمهم .
- طريق التملك بالشفعة .
- ميراث الشفعة .
- مسقطات الشفعة .
- التنازل عن الشفعة قبل البيع .
- التنازل عن الشفعة مقابل تعويض أو صلح عنها .
- التنازل عن الشفعة بعد طلبها .
- تطبيقات القواعد والضوابط الفقهية على بحث الشفعة .

الفصل الخامس : الحجـر .

- **التعريف في اللغة والاصطلاح .**
- **مشروعيته .**
- **حكمة مشروعيته .**
- **أسباب الحجر .**
- **تقسيم الحجر .**

أ - لمصلحة المحجور عليه .

ب - لمصلحة الغير .

أولاً : الحجر على الصغير :

- أثر الحجر على تصرفات الصغير .

- متى يدفع المال إلى الصغير .

ثانياً : الحجر على المجنون .

ثالثاً : الحجر على المعتوه .

رابعاً : الحجر على السفيه .

أ - تعريف السفه لغة واصطلاحاً .

ب - حكم الحجر على السفيه .

ج - الحجر على السفيه بحكم الحاكم .

د - تصرفات السفيه .

خامساً : الحجر على ذي الغفلة .

سادساً : الحجر على المدين المفلس .

- تعريف الإفلاس .

- شرائط الحجر على المفلس .

سابعاً : الحجر على المدين الغائب .

ثامناً : الحجر على الفاسق .

تاسعاً : الحجر على تبرعات الزوجة .

عاشراً : الحجر على المريض مرض الموت .

حادي عشر : الحجر على الراهن .

ثاني عشر : الحجر للمصلحة العامة (أ - المفتي الماجن ، ب - الطبيب الجاهل ، ج - المكاري المفلس).

ثالث عشر : الحجر على المرتد .

- **تطبيقات القواعد الفقهية على بحث الحجر .**

الفصل السادس : الضمان :

- أسباب الضمان .

أ - تعريف الضمان .

ب - مشروعيته .

ج - أسباب الضمان .

د - موجبات الضمان .

هـ - ضمان الأجير .

و - ما لا يجب فيه الضمان .

ز - شروط وجوب الضمان .

ح - تقدير الضمان .

ط - أقسام ضمان المتلفات .

ي - حالات انتفاء الضمان .

ل - تطبيقات القواعد الفقهية على بحث الضمان .

الفصل السابع : الكسب الخبيث

١- الـربـا

- تعريف الربا .
- أنواعه .
- الفروق الأساسية بين البيع والربا .
- العلاقة بين الفوائد والربا .

٢- بيع العينة .

٣- بيع المحرمات أو وسائلها .

٤- كسب المال بالمقامرة (الميسر)

٥- الرشوة .

٦- الغبن .

٧- التدليس والتغرير والغش .

الفصل الأول

(المال والملكية)

أسباب إيراد هذا الفصل :

١- لقد جرى العرف اليوم على استخدامات جديدة للفظ المال فإذا أطلق لفظ المال قصد به النقدان أو ما يقوم مقامها من أموال شبه سائلة مثل الشيكات .

٢- يستخدم لفظ رأس المال الثابت تعبيراً عن العقارات والأصول الثابتة مثل المعدات والمكائن والسيارات لأنها تحولت من أموال سائلة إلى معدات ذات غرض محدد لا يمكن استخدامها في غيره .

٣- تصالح التجار على اسم رأس المال التشغيلي ويقصد به الأموال السائلة في خزينة الشركة أو لدى البنك لمقابلة المصاريف الدورية مثل (الرواتب - أجور الكهرباء والمياه ... وغيرها) لذلك توجب علينا في بداية هذا الباب أن نوضح الفرق بين هذه المفاهيم وبين المفاهيم الفقهية لمعنى المال .

٤- كذلك الملكية ، فالملكية عند الفقهاء لاتقع إلا على حلال .

وكثير من المعاملات اليوم تعتبر بعض الأمور المحرمة شرعاً ملكية ومالاً ، مثل الخمارات الموجودة في الفنادق والمطاعم ونوادي القمار والملاهي ، وبعض الأصول الشبه سائلة مثل السندات ، وهي صكوك محتوية على ربا .

فإن في إيراد المفاهيم الأساسية الفقهية المعتبرة للمال والملكية أهمية بالغة للمتعاملين اليوم في أسواق المسلمين ودارسي علم الاقتصاد الإسلامي .

أولاً : الـمـال

تعريف المال : المال هو المملوك، أي محل الملك.

والمال في اللغة (١): ما ملكه الإنسان من كل شيء، وجمعه أموال.

والمال بهذا المعنى هو المعروف عند العرب. وذهب بعضهم إلى أن المال هو : الثياب، والمتاع، والعرض ، فلا يسمون النقدين مالاً. ومنه حديث أبي هريرة رضي الله عنه "خرجنا مع النبيﷺ فلم نغنم ذهباً ولا ورقاً (٢)، إلا الأموال، الثياب والمتاع" (٣). وقال بعضهم هو الإبل خاصة أو الماشية. وذهب قوم إلى أن المال الذهب والورق ومنه قول الشاعر:

والله ما بلغت لي قط ماشية حد الزكاة ولا إبل ولا مالُ

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه : ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة (٤). وهذا التعريف جمع ما بين المعنى اللغوي والشرعي للمال إلا أن فيه نقصاً لأنه غير جامع لكل أفراد المال ، فمن المال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته كما هي مع كونه مالاً متقوماً بإجماع الفقهاء . ومنه أيضاً ما لا يميل إليه الطبع ، بل يعافه وينفيه ، كبعض الأدوية والسموم فإنها أموال بالاتفاق (٥).

لذلك عرف المال بأنه : " اسم لغير الآدمي خُلق لمصالح الادمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار" (٦) . ويعتبر هذا التعريف من أكمل تعاريف المال لكونه جامعاً لكل ما هو من جنسه من الأموال ، مانعاً لما ليس من جنسه - كالخمر والخنزير-.

أقسام المال :

إن للمال اعتبارات مختلفة ينقسم بحسبها إلى ثلاثة أقسام رئيسة :

أولاً : بحسب اعتبار الشرع له (الحل ، والحرمة) ينقسم إلى مال متقوم وغير متقوم.

ثانياً : بحسب وضعه واستقراره، ينقسم إلى عقار، ومنقول.

ثالثاً : بالنظر إلى تماثل آحاده، ينقسم إلى قيمي، ومثلي.

---

(١) انظر "القاموس المحيط" للفيروز أبادي (مول)

(٢) الورق : أي الفضة.

(٣) أخرجه مسلم (١٨٣)، وأبو داود (٢٧١١) ، ومالك في (الموطأ) (٩٩٨).

(٤) "حاشية ابن عابدين" (٤/ ٥٣٤).

(٥) انظر " الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٥١.

(٦) "حاشية ابن عابدين" (٤/ ٥٣٥).

وسوف نقوم بتوضيح هذه الأقسام بشيء من الإيجاز.

أولاً : المال المتقوم وغير المتقوم :

أ - المال المتقوم : وهو ما أباح الشرع الانتفاع به وجاز اقتناؤه وادخاره (١). وعرف بأنه : ما حيز بالفعل وأمكن الانتفاع به في حال السعة والاختيار (٢) كالنقود، والعروض، والأراضي .. وغير ذلك.

ب - المال غير المتقوم: وهو ما لم يحز بفعل، كالسمك في الماء، والطير في الهواء - أو حيز ولم يجز الشرع الانتفاع به في حال السعة والاختيار، وإن أبيح في حال الاضطرار كالخمر، والخنزير وغيرها من الأمور التي حرمها الشرع وأباح الانتفاع بها بنص الآية {حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ماذكيتم وما ذُبح على النُصبِ ..} إلى قوله : {فمن اضطر في مخمصةٍ غير متجانفٍ لإثم فإن الله غفور رحيم} [المائدة ٣]

ثانياً : العقار والمنقول :

العقار : ما لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه، ولا يشمل غير الأرضين، سواء أكانت زراعية أم معدة للبناء أو لأي انتفاع آخر.

والمنقول: ما يمكن نقله وتحويله عن مكانه، سواء أبقي مع ذلك التحويل على هيئته وصورته، أم تغيرت به هيئته وصورته، فيشمل جميع أنواع الحيوان والعروض والذهب والفضة والمعادن في مناجمها، والمكيلات والموزونات وجميع أنواع المال ما عدا الأرضين نفسها ، فالشجر والبناء والقناطر من المنقول لإمكان نقلها وإن تغيرت صورتها به، إذ به يصبح البناء أنقاضا والشجر أعشاباً، والقناطر قضباناً ، وقد خالف في ذلك الإمام مالك فجعلها من العقار ، لأن المنقولَ في رأيه ما أمكن نقله مع بقاء هيئته، وغير ذلك العقار .

---

(١) "حاشية ابن عابدين، (٤/ ٥٣٤).

(٢) "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ٤٤.

ولذلك ذهب رحمه ا تعالى إلى أن بعض أنواع المنقول يأخذُ حكم العقار تبعاً لـه، وهـو: البناء والغرس ؛ لأنهما متصلان به - أي العقار- اتصالَ قرارٍ وثبات، ولكونهما ثابتَين غير قابلَين للانتقال وهما على شكلهما، بل تتغير حالُهما فيصبح الغرس حطباً، والبنـاء أنقاضـاً (١). وفضلاً عن فواتِ المصلحة المرجوة منهما مما يؤدي إلى إلحـاق الـضرر بـالمنتفعين، إذ الحاجةُ إلى الغرس تختلف عن الحطب والحاجة إلى البناء تختلف عن الحاجة إلى الأنقاض.

فكانت الحاجة داعية إلى ضرورة إلحاقهما بالعقار تبعاً وترتيب أحكامه عليهما.

ثالثاً: المثلي والقيمي:

المثلي : نسبة إلى المثل. ويطلق في الشريعة على الأموال التي تقـدر بالكيـل، أو الـوزن، أو العدديات المتقاربة التي لا تفاوت بين آحادها أو بينها تفاوت لايعتد به في نظر التجار.

فمما يقدر بالوزن : جميـع الموزونـات: كالـذهب والفـضه ، والنحـاس ، والقـصدير، والصابون، والأسمدة ، والثمار بأنواعها.

ومما يقدر بالكيل : جميع المكيلات: كالحبوب من بر، وأرز، وشجر، وذرة، وزيت. ونحـو ذلك. ولقد شاع في أيامنا استعمال الوزن في تقـدير المكـيلات فعندئـذ تعتبر من الموزونات للعرف .

ومما يقدر بالعد : جميع العدديات المتقاربة التي لا تفاوت فيها مما يعتد به الناس ويرتبون عليه اختلاف القيم : كالبيض، والبرتقال، والليمون. وشرطه أن يكـون من نوع واحد، لأن اختلاف النوع يؤدي إلى اختلاف القيمة.

ويمتاز المثلي بأن آحاده لا تفاوت بينها كما رأينا وصفقاته لا يضرها التبعيض، فمن أراد أن يشتري أربعة أطنان من الإسـمنت بمـائتي دينـار لا يـضره أن يشتريها على صفقتين أو على صـفقة واحـدة؟ لأن التجزئـة لا تـضر آحـاد المكيلات، والموزونات ، ولا تختلف أسعارها في أجزائها عنها في مجموعها.

القيمي :نسبة إلى القيمة : وهو ما لا يقدر من الأموال بالكيل أو بالوزن ولـيس بعـددي متقارب (٢). إذ التفاوت بين آحاده تفاوت كبير يعتد به التجار، ويؤثر على القيمة.

---

(١) "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" (٣/ ٤٧٩)، "القوانين الفقهية" لابن جزي الكلبي ص ٢٨٣.

(٢) "الملكية ونظرية العقد " لأبي زهرة ص ٥٩.

من أمثلته (١):

١- العددي المتفاوت الآحاد إلى درجة تتغير معها قيمتها كالأرض، والدور، والحيوان، والأشجار، والثياب، وغير ذلك.

٢- المقيسات : وهي تلك القيميات التي تعرف بالقياس: كالأقمشة تقدر بالمتر، والياردة (٢)، والذراع (٣).

[فائدة] : عد الفقهاء الأقمشة من القيميات لأن صناعة الغزل والنسيج كانت بالأيدي مما يؤدي إلى حصول التفاوت بين أفراد المنسوج - المصنوع - فلا تكون الجودة متماثلة في النوع الواحد، بل تختلف تبعاً للصانع ولعملية الغزل المتبعة وبالتالي تتفاوت قيمتها.

أما الآن فقد أصبح ذلك كله بالآلات التي لا تنتج إلا متماثلاً في الصفات : فالظاهر عد الأقمشة منها.
كما يجب أن يعد من المثليات كذلك، كل ما أوجدته الصناعات الحديثة من المنتوجات المتماثلة في الصنعة، والقدر، والصفة.
كالنقود الذهبية، والفضية، والنحاسية، والكتب المطبوعة والأوراق.. الخ.

ذلك أن العلة في عد الشيء مثلياً ، هي التماثل المؤدي إلى التساوي في القيمة بين الأجزاء المتساوية من المكيل والموزون والعددي المتقارب بالإضافة إلى كونه متوفراً في الأسواق.
وبالتالي يمكننا التوصل إلى تعريف قدري باشا (٤) للمثلي والقيمي. فعرف المثلي بأنه : "ما يوجد له مثل في المتجر بدون تفاوت يعتد به، ومنه العدديات التي لا يكون بين أفرادها تفاوت في القيمة".

---

(١) انظر : أحكام المعاملات الشرعية، للخفيف ص

(٢) الياردة : وحدة الطول الأساسية في نظام الوحدات الأمريكي والبريطاني ، وتساوي وحدة الياردة الدولية ٠٫٩١٤٤ متر ، معجم أكاديميا للمصطلحات العلمية والفنية" ص ٥٩٥

(٣) الذراع : مقدار لقياس الأطوال من طرف المرفق إلى طرف الأصبع الوسطى "القاموس المحيط " للفيروز أبادي (ذَرع) .

(٤) هو محمد قدري باشا من رجال القضاء في مصر اختاره الخديوي مربياً لولي عهده تقلب في مناصب متعددة فكان مستشاراً في المحاكم الشرعية.. ثم وزيراً للمعارف. من مصنفاته: قانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف. والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. "الأعلام " للزركلي (١٠/٧)

وعرف القيمي بأنه : "ما لا يوجد له مثل في المتجر، أو يوجد لكن بتفـاوت فـي القيمـة، ومنه المعدودات المتفاوتة التي بين أفرادها تفاوت في القيمة" (١).

لقد تقدم أن النقود تعد من المثلي ولكنها تمتاز عن غيرها من المثليات بأنها لا تكـون إلا أثماناً وغيرها يكون مثْمناً . إذ هي المقياس والمعيار الذي تقدر به مالية الأشياء ويعـرف مقدار ما فيها مما يشبع حاجات الناس. فهي لا تشبع حاجة بذاتها، ولكنها وسائل ومقدرات للمالية في الأشياء المشبعة للحاجة ولذلك فإنها لا تكون فـي المعاوضـات إلا أثمانـاً، ولا تتعين في العقود ولو أشير إليها بل تعرف بالأوصاف، فيجب أداء ما يـشتمل علـى هـذه الأوصاف فكانت ثابتة في الذمة بخلاف غيرها من المثليات، فإنها قد تثبت بأوصافها فتكون ديناً في الذمة وقد تعين بالتعيين فلا تكون ديناً في الذمة (٢).

ومع هذا فإن جميع المثليات تمتاز عن القيميات بما يأتي:

١- أن المثلي يثبت ديناً في الذمة إذا ما عين بأوصافه، بخلاف القيمي، فإنه لا يثبـت إلا بعينه ولا يمكن أن يثبت بأوصافه وبالتالي لا يثبت ديناً في الذمة.
فإذا بعت ثوباً بأردب (٤) من القمح فإن هذا العقد يقع على ثوب بعينه، ويثبت به في ذمة المشتري أردب من القمح يؤديه إليك في أي وقت عند الطلب.

٢- إذا تعدى إنسان على مثلي فأتلفه ضمن مثله لا قيمته، لوجود مثلـه كمـا إذا أتلـف إنسان مقداراً معيناً من الأرز. وإذا تعدى على قيمي ضمن قيمته، كما إذا قتل إنـسان حيواناً ، لأنه لا مثل له حتى يطالب به ابتداء.
وإنما وجب المثل ابتداء، لأن المقصود من الضمان هو الجبر والعوض، وذلك لا يكون على أتمه إلا بأداء المثل، لأن فيه العوض عن التالف من ناحيتيه: صورته وماليته، فإذا انعـدم المثل اكتفينا بالقيمة، لأن فيها العوض عنه من أهم ناحيتيه وهي المالية.

١- "مرشد الحيران" قدري باشا مادة (٣٩٨).
٢- "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٦١.
٣- الإردب: مكيال ضخم تعومل به في مصر يضم أربعة وعشرين صاعاً والصاع ٣,٢٤٥ كغـم ، "المكاييـل والأوزان الإسلامية ومايعادلها في النظام المتري" لفالترهانس ص٥٨

ثانياً : الملكية

تعريفها :

الملكية في اللغة: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به (١).

في الشرع : عرفها الفقهاء بتعريفات متعددة تتقارب في مرماها وإن اختلفت في مبناها. فقـد عرفها ابن الهمام (٢) في فتح القدير بأنها : "القدرة علـى التـصرف ابتـداء إلا لمانع" (٣)

فجعل ابن الهمام الملك قدرة الشخص على التصرف في المال دون أن يـستمدها مـن غيره، إلا لمانع يمنعه من هذا التصرف.

وعرفها القرافي في الفُروق: بأنها تمكين الإنسان شرعاً بنفسه أو بنيابـة عنـه مـن الانتفاع بالعين، ومن أخذ العوض، أو تمكينه من الانتفاع خاصة" (٤).

وعرفت بأنها : حكم شرعي مقدر وجوده في عين أو منفعة، يقتضي تمكين من أضـيف إليـه من أن ينتفع بالعين ، أو بالمنفعة ، ومن أن يتصرف فيها ما لم يوجد مانع يمنع ذلك" (٥)

ويطلق لفظ الملك ويراد به الشيء المملوك، أو يراد به القدرة على التصرف بـالمملوك والحق بهذا التصرف (٦).

---

(١) "القاموس المحيط " للفيروز أبادي (ملك).

(٢) ابن الهمام هو الإمام الفقيه الأصولي محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيراسي السكندري (٨٦١ هـ) من علماء الحنفية صاحب التحرير في أصول الفقه. الأعلام للزركلي ٢٥٥/٦

(٣) "شرح فتح القدير" لابن الهمام (٥/ ٤٥٦).

(٤) "الفروق" للقرافي الفرق ١٨٠.

(٥) "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ٦١.

(٦) "أصول الاقتصاد الإسلامي" لرفيق المصري ص ٣٥.

أقسام الملك:

ينقسم ملك المال إلى قسمين:

أ - الملك الناقص.

ب - الملك التام.

لأن الملك إما أن يقع على العين وحدها، أو على المنفعة وحدها وإمـا أن يجمـع بينهمـا فيسمى الأول ملكاً ناقصاً، والثاني ملكاً تاماً وسوف نقوم بتوضيحهما على النحو التالي:

أ – الملك الناقص:

وهو الملك الواقع على الرقبة وحدها دون المنفعة أو الواقع علـى المنفعـة وحـدها دون الرقبة ؛ أي هو ملك أحد الأمرين لا يعدوه إلى الآخر.

أقسام الملك الناقص:

من خلال التعريف وجدنا أن الملك الناقص قسمان:

أولاً: ملك العين – الرقبة –

وهي كما علمنا ملك الرقبة وحدها دون أن يكون للمالك حق الانتفاع بالعين.

وتثبت هذه الحالة في صورتين كلتاهما في الوصية : (٢)

أ - إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص بعد موته، سواء كان هذا الانتفاع لأمر معلـوم (له نهاية معلومة)، أم طيلة مدة حياة الموصى له فإن ملكية المنفعة في هـذه المـدة تكون للموصى له، ولا يكون للورثة إلا الرقبة.

ب - إذا أوصى المالك بالمنفعة لشخص، وبالرقبة لآخر. فإن الموصى له بالرقبة يكـون مالكاً للرقبة وحدها، في مدة انتفاع الموصى له - بالمنفعة - سواء كانت لها نهاية معلومة أم كانت تنتهي بالموت.

وتجدر الملاحظة أن ملك الرقبة لا يلبث أن يتحول إلى ملك تام بمجرد انتهاء مـدة الانتفاع أو بموت الموصى له بالمنفعة.

---

(١) "المدخل الفقهي العام " للزرقا (١/ ٢٥٩- ٢٦٠)، "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٧٥.

ثانياً : ملك المنفعة:

وهو ملك منفعة العين وحدها دون الرقبة. وهو قسمان:

أ- ملك المنفعة. ب- ملك حق الانتفاع.

أما ملك حق المنفعة : فهو أن يمكن الشخص من أن يباشر حق الانتفاع بنفسه وتمكين الغير من الانتفاع، بعوض كالإجارة، أو بغير عوض كالعارية.

وعليه فإن من ملك المنفعة يثبت له حق التصرف فيها كتصرف الملاك في أملاكهم بالوجه الذي قيدت به ملكيته بموجب العقد الذي استحق بمقتضاه المنفعة تلك.

وأما حق الانتفاع : فهو الإذن للشخص في أن يباشر حق الانتفاع بنفسه فقط، كالإذن في الجلوس في المدارس، والمساجد، والأسواق، والمضايف، ونحو ذلك دون أن يكون له حق التصرف في المنفعة بالبيع، أو الإجارة، أو الهبة، أو أن يمنح حق الانتفاع هذا لغيره بأي طريقة من طرق المعاوضات (١).

ويثبت حق الانتفاع بأحد أمرين (٢):

١- أن تكون الأعيان المنتفع بها مخصصة لمنفعة الكافة، ولا يملكها واحد بعينه. إذ هي للناس كافة ؛ كالأنهار، والطرق غير المملوكة، وكذلك ما خصصته الدولة لمنفعة فريق من الناس كالمدارس والمستشفيات ومراكز الصحة.. إلخ.

فما يتعلق بهذه الأعيان من الحقوق إنما هو من قبيل حق الانتفاع لا ملك المنفعة.

٢- الإباحة: تعرف الإباحة بأنها: إذن شخص لآخر في الانتفاع بماله ولا يشترط أن يكون المأذون له بالانتفاع أو الامتلاك معلوماً لشخصه أو اسمه : كالضيافات العامة والخاصة، والمبيت في الأوقاف (٣) .

فالإباحة تعطي المباح له حق الانتفاع بالعين ولا تعطيه ملك المنفعة. أي ليس له التصرف بالمنفعة بيعاً ، أو هبة ، أو إعارة ، أو أي تصرف ناقل للملكية. فهي تعطي رخصة، وإذناً ، ولا تعطي ملكاً .

كمن يخصص داراً لإيواء المسافرين ومن انقطعت بهم السبل فإن لهم حق الانتفاع بالمبيت، ولا يملكون الحق في تمليك المنفعة للغير بعوض أو بغير عوض.

---

(١) "الفروق" للقرافي الفرق ١٨٠ ص ٢١٢ وما بعدها.

(٢) "المدخل الفقهي العام " للزرقا (٢٨٦/١) ، "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٧٨، "الفروق" للقرافي الفرق ١٨٠ ص ٢١٤.

(٣) هامش الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٧٨.

- ويعتبر من حق الانتفاع حقوق الارتفاق لأنها تتشابه معه من حيث أنه ليس فيها ملكية تامة لمالك العقار المنتفع لذلك أدرجه العلماء ضمن حق الانتفاع.

وتعرف حقوق الارتفاق بأنها : حق مقرر على عقار لمنفعة عقارٍ آخر، مالكه غير مالك العقار الأول.

وتشمل حقوق الارتفاق :

حق الشرب- حق الشفة- حق المجرى- حق المسيل- حق المرور- حق التعلي- حق الجوار.

شرط بقاء هذه الحقوق:

والقاعدة العامة لبقاء هذه الحقوق : ألا يترتب على بقائها ضرر يبين يلحق بأحد، وإلا وجب إزالة منشأ هذا الضرر، كمسيل قذر على طريق عام.

وينتهي ملك المنفعة بواحد من الأمور التالية (١):

١- انقضاء المدة التي عينت للانتفاع.

٢- وفاة مالك العين أو المنتفع.

٣- هلاك العين المنتفع بها.

٤- تعذر استيفاء المنفعة المتفق عليها.

فمتى انتهى حق الانتفاع والعين باقية سلمت العين إلى مالكها، إلا إذا كان في تسليمها ضرر يلحق بالمنتفع، كأن تنتهي مدة الإجارة، والزرع لم ينضج فإنه في هذه الحالة يترك بأجر المثل أما إذا مات المستأجر أو المؤجر- وانتهت المدة- انتقل الزرع إلى الورثة بأجر المثل.

ب – الملك التام:

يستفاد الملك التام بسبب من أسباب ثلاثة وهي : الحيازة - الوراثة - العقد الناقل للملكية.

أولاً: الحيازة (٢) :

هذا السبب يختص بالأموال المباحة فلا يفيد ملكية في الأموال المتقومة وهي الأموال المملوكة، ويمتاز بأنه منشيء للملكية فيوجدها بعد أن لم تكن، وعلى ذلك فلا تكون حيازة مال مملوك لتملكه وإن طال وضع يد الحائز عليه، ولذا لا تملك اللقطة بالتقاطها، وإنما يجب تعريفها فإذا لم يعرف صاحبها فسبيلها الصدقة .

١- "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٨٤.

٢- "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ١٢٤.

وكما يمتاز هذا السبب بأنه منشئ للملكية يمتاز بأنه سبب فعلي. ولذا يفيد أثره إذا صدر ممن ليس أهلا للقول كالمجنون والصغير الذي لا يميز، فيمتلك كل منهما المباح بحيازته، وعلى ذلك فجميع ما خلقه الله تعالى على وجه الأرض من الأموال التي لم يملكها أحد كالأشجار في الجبال أو الصحراء وما عليها من ثمار كالمعادن في الفلوس يملك بإحرازه والاستيلاء عليه.

ثانياً : الميراث :

بوفاة الإنسان يحلُّ وارثه محله فيما يتركه من مال أو حتى ما هو في معنى المال فيصير مالكاً لهذا أو ذلك الحق، ويثبت هذا بطريق الخلافة. ولذا لا يحتاج إلى قبول وإنما يثبت ملك الوارث ويخلص بعد أن توفى ديون المورث فيثبت حينئذ فيما تركه بعد سدادها، إذا لم تكن هناك وصية، فإن وجدت وصية وجب تنفيذها من الثلث ولا يتجاوزه إلا بإجازة الورثة ما دامت لأجنبي، فإن كان لوارث توقفت على باقي الورثة كذلك.

ثالثاً : العقود الناقلة للملكية (١) :

هذه العقود تشمل البيع والهبة والصدقة، والوصية بالأعيان والصلح، والزواج بالنسبة إلى المهر إذا كان عيناً، والفرقة بين الزوجين نظير مال- أي الخُلع - والإجارة بالنسبة إلى الأجرة إن كانت مالاً، والتنازل عن بعض الحقوق نظير مال.

وهذه العقود لا تصح إلا في الأموال المتقومة، فتنتقل بها ملكيتها من شخص إلى آخر بناء على تراضيهما، ولا تجوز في الأموال المباحة، ولا فيما لا يجوز الانتفاع به شرعاً . (٢)

* * *

١- انظر "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ١٠٥ - ١٠٦.

٢- وانظر للتوسع في موضوع الملكية : "الملكية في الإسلام" للسيد أبو النصر أحمد الحسيني ، "الملكية في الشريعة الإسلامية، وظيفتها وقيودها" (دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية) للدكتور عبدالسلام العبادي، وهو كتاب قيم في بابه ، وانظر كذلك " "الثروة في ظل الإسلام" للبهي الخُولي .

الفصل الثاني

"العقود"

سبب إيراد هذا الفصل :

١- إن العقود لها أهمية كبرى في التعاملات المعاصرة .

ومن العقود ماهو صحيح شرعاً ، ومنها ما يحكم عليه بالبطلان أو الفساد.

لذلك كان لابد من دراسة العقود في الفقه حتى يستطيع المتعامل في أسواق المسلمين اليوم التفريق بينها . فقد شاع بين الناس أن العقد شريعة المتعاقدين ويغفلون عن ان العقد لا يحرم حلالاً ولا يحل حراماً .

وينبغي عليهم إدراك الشروط التي تؤدي إلى الفساد أو البطلان ، والشروط التي لاتؤدي إلى ذلك لقلة خطرها .

٢- أما الخيارات : فقد شاعت ترجمة حديثة لعقود مستحدثة غربية تخرج عن الخيارات الإسلامية الثلاثة المحترمة (خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب).

لذلك كان لابد للمتعامل في أسواق المسلمين التفريق بينها وبين الخيارات المستحدثة التي ليس لها من الخيارات الإسلامية إلا الاسم كما سيرد في الباب الرابع من هذا البحث .

تعريف العقد :

العقد في أصل اللغة : الربط ، وهو الجمع بين الشيئين وربطهما بحيث يصيران كشيء واحد . وضده الحل . ويطلق العقد في اللغة بمعنى : إحكام الشيء، وتقويته . ومنها أُخِذَتِ اللفظةُ وأريد بها العهد ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق، والضمان وكل ما ينشأ التزاماً . فأُطلق على البيوعات وغيرها . ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم (١).

---

(١) انظر مادة (عقد) في "القاموس المحيط" للفيروز أبادي و "المصباح المنير" للفيومي، "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ١٩٩.

والعقد في اصطلاح الفقهاء:

كما عرفته مجلة الأحكام العدلية: ارتباط إيجاب بقبوله على وجه مشروع يثبت أثره في محله (١).

والعقد عند الفقهاء يطلق على ثلاثة إطلاقات (٢):

الأول : يراد به الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ، صادرين من شخصين على وجه يترتب عليه آثار العقد الشرعية، وذلك بأن يصدرا في موضوع واحد ، دالين على إرادتي العاقدين في إنشاء عقد مطلوب لهما، وأن يكون الكلام الثاني إقراراً للأول. والذي يقوم مقام الكلام: الكتابة والإشارة والفعل كما سيأتي بيانه.

الثاني : يراد بالعقد ما به يتم الارتباط بين إرادتي العاقدين من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل، وأكثر الفقهاء لا يريدون به إلا هذا .

الثالث : يراد به الالتزام، سواء أكان صادراً من شخصين كما في معنى العقد السابق أم صادراً من شخص واحد، كالوقف وما يشبهه من عقود التبرعات. وهو بهذا المعنى مرادف للالتزام، وأخص من التصرف لأن من التصرفات ما يكون أفعالاً وليست التزاماً.

أركان العقد :

أركان العقد، أي الأجزاء التي يتكون منها هي الإيجاب، والقبول على المعنيين الأول والثاني. والإيجاب فقط على المعنى الثالث. لأن عقود التبرعات لا تحتاج في إنشائها إلا لطرف واحد وهو المتبرع دون أن يلزمها وجود طرف آخر يقبل التبرع.

فالإيجاب : هو بيان صادر من أحد المتعاقدين يعبر به عن جزم إرادته في إنشاء العقد.

والقبول : هو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب، يعبر به عن موافقته على الإيجاب.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٠٣.

(٢) " أحكام المعاملات الشرعية " للخفيف ص١٧٠ ، "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ١٩٩.

فما يصدر أولاً من أي واحد من المتعاقدين ويعبر به عن الرغبة في إنشاء العقد يسمى إيجاباً. والقبول يصدر تالياً له ويكون مصدقاً عليه من الطرف الآخر.
كأن يقول صاحب البضاعة: بعتُ، فيجيبه المشتري بقوله اشتريت، أو أن يبتدىء المشتري بقوله: اشتريت فيجيبه البائع بقوله: وأنا بعت.

والشرائط الواجب توفرها في الإيجاب والقبول (حتى يتحقق الارتباط بينهما ومن ثم ينشأ أثر العقد المقصود منه) هي : (١)

١- أن يكون كل منهما معبراً عن إرادة معتَبرة في إنشاء العقد. ويتم ذلك بأن يكون كل منهما واضح الدلالة على وجود تلك الإرادة، وأن يصدرا من شخص مميز حتى تكون له إرادة، فلا ينعقد إذا كان الموجب أو القابل مجنوناً، أو كانت العبارة لا تدل على وجود إرادة للعاقد بل محتملة الدلالة .
٢- أن يكون ثانيهما موافقا لأولهما ، سواء أكانت الموافقة حقيقية كأن يكون القبول على وفق الإيجاب تماماً دون زيادة أو نقص ، أو ضمنية كأن يكون القبول قد تضمن زيادة في مصلحة الموجب ، كأن يزوج شخص بنته على مائة جنيه فيقبل الزواج بمائتين .
٣- أن يكون موضوع العقد قابلاً لآثاره شرعاً . فإذا لم يكن قابلاً لها كبيع الميتة والاستئجار على قتل محرم لم ينعقد ويكون باطلاً .
٤- أن يصدر القبول متصلاً بالإيجاب . ويتم ذلك بتوافر أمرين :

الأول : أن يعلم كل من العاقدين عند اجتماعهما مايقصده الآخر بكلامه، أما إذا لم يعلم أحدهما قصد الآخر بما تكلم لم ينعقد العقد.

الثاني : أن يصدر القبول والموجب لا يزال على إيجابه ، وذلك بألا يفصل بينهما مايدل على إعراض الموجب عن إيجابه أو على إعراض القابل عنه . فإذا صدر من الموجب أن القابل قول أو إشارة أو كتابة أو فعل يدل عرفاً على عدول الموجب أو على رفض القابل بطل الإيجاب ، ولم يصح قبوله بعد ذلك ، وعلى هذا إذا انتقل الموجب بعد إيجابه ، أو القابل قبل قبوله : من موضع العقد إلى موضع آخر ، أو قام أحدهما من محله تاركاً له بطل الإيجاب (٢) ، حتى إذا قبل العاقد بعد ذلك لم ينعقد العقد .

---

(١) "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ١٧٣-١٧٤.

(٢) يبطل الإيجاب بواحد من أمور سبعة هي : الإعراض ، رجوع أحد المتعاقدين عنه ، موت أحد المتعاقدين ، وتغيير المبيع ، وتخلل عصير - أي أصبح خلاً - ، وحصول الزيادة في المبيع ، وهلاك المبيع . "حاشية ابن عابدين" (٥٦٢/٤)

وهذا إذا كان العاقدان مجتمعين في مكان واحد . أما إذا كان كل منهما في بلد فتعاقدا بالكتابة (١) أو بالرسالة فإن مجلس العقد هو محل وصول الكتاب إلى المرسل إليه والعلم بما فيه، فإذا قبل عقب ذلك تم العقد ما لم يتوسط بين العلم بما فى الكتاب والقبول ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه وذلك بواسطة كتاب آخر يحضر أو ما يدل على أن المرسل إليه قد أعرض عن هذا الإيجاب ورفضه.

وكذلك يعتبر مجلس العقد هو مجلس وصول الرسول وإبلاغه ، فإذا قبل عقب الإبلاغ تم العقد إذا لم يفصل بينهما ما يدل على عدول الموجب أو رفض المرسل إليه.

الاشتراط في العقد :

أولاً : قسم الحنفية الشروط إلى ثلاثة أقسام : (٢)

أ - صحيحة.

ب - فاسدة.

ج - باطلة .

واعتمدوا في تقسيمهم هذا على موافقة الشرط لمقتضى العقد، وعلى ورود الأثر به أو عدم الورود ، ثم على اعتبار العرف له، أو عدم اعتباره في حال زيادة هذا الشرط على مقتضى العقد دون أن يرد به نص من الشرع، ومدى الفائدة التي يحققها هذا الشرط لأحد المتعاقدين (٣)

أ - فالشرط الصحيح ، هو:

- ما كان موافقاً لمقتضى العقد: كاشتراط تسليم الثمن قبل تسلُّم المبيع.
- أو ما يكون مؤكداً لمقتضاه: كاشتراط تقديم كفيل معين بالثمن المؤجل ، أو اشتراط رهن معين به.
- أو يكون قد ورد به أثر من الشارع: كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة. فهو يعطي المشترط الحق في الفسخ خلال المدة المحددة.
- أو ما يجري به عرف : كمن يشتري ساعة، ويشترط على البائع إصلاحها مدة معلومة ويلتحق الشرط الصحيح بأصل العقد ويصير جزءاً من مقتضاه. ويستحق الوفاء به بحسب قوة العقد.

---

(١) "المدخل الفقهي العام " للزرقا (٣٢٦/١ - ٣٢٨) ، "بدائع الصنائع" للكاساني (١٣٧/٥-١٣٨)

(٢) استخلصت هذه الأقسام من "حاشية ابن عابدين" (٨٩/٥ وما بعدها)

(٣) "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٢٧٦-٢٧٧. "المدخل الفقهي العام" للزرقا (٤٧٧/١-٤٧٨).

ب - والشرط الفاسد : ما كان غير موافق لمقتضى العقد، ولا مؤكداً له، ولم يرد به أثر، ولا جرى به عرف، وفيه منفعة لشخص سواء كان أحد العاقدين أم غيرهما.
كمن يبيع سيارة ويشترط لنفسه، أو لغيره الانتفاع مدة معلومة أو كمن يبيع داراً ويشترط تأجيرها لثالث، أو أن يشترط المشتري طلاءها فجميع هذه الشروط فاسدة.
والشرط الفاسد إن كان في معاوضة مالية كالبيع، والإجارة، والقسمة، والصلح على مال، والمزارعة، والمساقاة، أفسد العقد.
وان كان العقد ليس عقد مبادلة مالية كالنكاح، والهبة، والحوالة، والكفالة، والرهن، كان العقد صحيحاً والشرط لاغياً.

ج - أما الشرط الباطل : فهو ما كان غير موافق لمقتضى العقد ولا مؤكداً له، ولم يرد به أثر، ولا جرى به عرف، ولم يكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما.
كمن يبيع سيارة، ويشترط على المشتري أن لا يستعملها إلا عند أحوال خاصة ، أو يقيد انتفاعه بها بأي نوع من أنواع التقييد.
فهذا الشرط يعتبر باطلاً لذلك يلغى ولا يؤثر على العقد بفساد أو بطلان سواء كان العقد عقد معاوضة أم غير معاوضة.

ثانياً : مذهب الحنابلة في الشروط :

يرون أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على منعه وعدم اعتباره، فهو ملزم واجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد ما لم يحرم حلالاً ، أو يحلل حراماً.
فإذا ورد نص يحرم شرطاً بعينه امتنع بخصوصه على خلاف القاعدة.

كمن يبيع أرضه لشخص ويشترط عليه أن يؤجرها له. فإن هذا الشرط فاسد، وقسموا الفاسد إلى ثلاثة أقسام (١):
الأول : مبطل للعقد من أصله: كأن يشترط في البيع بيع آخر فيقول له بعتك هذه الدار على أن تبيعني هذه السيارة.

(١) "معونة أولي النهى" لابن النجار (٤/٨٧ وما بعدها).

الثاني : ما يصح معه البيع: كأن يشترط شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد. مثل : أن يـشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المشترى، ولا يهبه.

الثالث : ما لا ينعقد معه البيع: وهو تعليق البيع على شرط. مثل : أن يقـول: اشـتريت منك إن جاء زيد.

أنواع العقود :

الأصل في العقود أن تتم بمجرد الإيجاب والقبول دون أن تتوقف على شـيء، كمـا هـو الحاصل في عقد البيع، والسلم، والاستصناع.. وغيرها من العقود التـي تنعقـد بمجـرد صدور الإيجاب وموافقة القبول له.

غير أن هناك بعض العقود لا يتوقف تمامها على مجرد الإيجاب والقبول بل لا بد لذلك من إضافة شيء أخر له وهو القبض كما هو الحال في عقـد الهبـة، والـرهن، والعاريـة، والوديعة، والصرف..

فلا يتم أي واحد من هذه العقود إلا إذا ترافق القبض مع الإيجاب والقبول. فعقد الـصرف مثلاً : لا يتم، ولا يكون ملزماً ما لم يتم القبض في مجلسه ومثله الرهن لقولـه تعـالى : {وإن كنتم على سفرٍ ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضةٌ} [البقرة ٢٨٣]

ذلك أن مثل هذه العقود هي عقود غير لازمة. فلو أنها تمت قبل القبض لم يكن لتمامهـا أي أثر لعدم لزومها، فجعل تمامها بالقبض لتظهر آثارها.

فالحاصل أن العقد إذا تم سواء كان بالإيجاب والقبول فقط أو أضيف إليه القبض، ترتبـت عليه آثاره مباشرة من حصول التزام كل واحد من الطرفين بما التـزم بـه مـن أمـور بمقتضى العقد الذي أنشأه وقد تقيد بما يحد من هذه الآثار، وقد ترجأ كما في حال إضافة الإيجاب إلى زمن المستقبل كالوصية.

فيسمى- العقد- في الحالة الأولى : منجزاً . وفي الحالة الثانية: مقيداً، ومضافاً في الحالة الثالثة ومعلقاً إن كان سبب إرجاء آثار العقد يرجع إلى تعليق الإيجاب علـى أمـر غيـر موجود ولكنه على خطر الوجود مستقبلاً.

فهذه أنواع أربعة تفصيلها فيما يلي (١):

أولاً : العقد المنجز :

وهو : ما كانت صيغته غير مضافة إلى زمن، ولا معلقة على شرط بأداة تعليق.

وحكمه : ترتب آثاره عليه في الحال سواء أكان معلقاً أو مقترناً بـشرط، والأصـل فـي العقود كلها أن تكون منجزة، ولكن خرج من هذا الأصل الوصية والإيصاء فـلا يكونان إلا مضافين ، إذ لا يفيد كل منهما أثره إلا بعد وفاة الموصي.

ثانياً : العقد المقيد بشرط :

هو: التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه.

أي هو العقد الذي يتم ضبط حكمه بقيد يلتزم به العاقد الاخر زيادة على الحكـم الأصـلي للعقد.

كما لو باع شخص بضاعة لآخر على أن تكون محمولة على حسابه- البائع- إلى محـل التسليم .

فيكون حكمه حكم العقد المنجز إلا أن مطلق العقد قيد بالشروط الموضوعة فيه.

ثالثاً : العقد المضاف :

وهو : ما أضيف الإيجاب فيه إلى زمن المستقبل. أو هو: تأخير حكم التـصرف القـولي المنشأ إلى زمن مستقبل معين.

كما لو قال المؤجر: أجرتك هذه الدار سنة كاملة من مطلع السنة القادمة.

أو قال الوكيل- وكلتك في إدارة شؤوني من بداية الشهر الآتي. ومثلها الوصـية، كـأن يقول الموصي: أوصيت بثلث مالي لفلان.

فإن كلاً من الإجارة، والوكالة، والوصية مضافة إلى زمن المستقبل وهو مطلـع الـسنة القادمة في الإجارة، وبداية الشهر الآتي في الوكالة، والوفاة في الوصية. فلا يترتـب أي أثر من آثار هذه العقود إلا بعد حلول آجالها.

وحكمه : أنه ينعقد في الحال سبباً لحكمه، ولكن لا يوجد حكمه إلا عند حلول الوقت الذي أضيف إليه، سواء أكان مطلقاً أم مقترناً بشرط.

---

(١) انظر "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص٢٧٥-٢٧٦ ، "المدخل الفقهي العام" للزرقا (١/٥٠٠ - ٥٠٨)

لأن حكم العقد المضاف مؤخر الظهور، لأن الزمن المضاف إليه محقق القـدوم، ولـيس على خطر الوجود والعدم.

رابعاً: العقد المعلق:

وهـو : ما علق الإيجاب فيه على وجود أمر آخر غير موجود في الحال ولكنه محتمـل الوجود في المستقبل.

كما لو قال البائع للمشتري: بعتك حصتي من هذه الدار إن رضي شريكي. فقبل المشتري. فيكون المتبايعان في هذه الحالة غير معتزمين تنجيز البيع، وإنما علقا وجـوده وربطـاه برضى الشريك الذي يمكن أن يرضى ويمكن أن لا يرضى. فيكون العقـد تحـت احتمـال الوجود والعدم.

وحكمه : أنه لا ينعقد في الحال سبباً لترتب أثره عليه ولكنه يصير سبباً عند تحقق الأمر المعلق عليه.

ويستثنى من ذلك المعلق على مشيئة العاقد الآخر فإن التعليق فيه كعدمه، إذ كل العقـود عند صدور الإيجاب فيها يصدر معلقاً على قبوله من العاقد الآخر.

حكم العقد (١):

يقصد بحكم العقد : الوصف الذي يعطيه الشرع للعقد من حيث صحة وجوده وترتب آثاره عليه، أو عدمه .

وهناك اتجاهات لدى الفقهاء في تقسيم العقود بحسب حكمها الشرعي:

<u>أ - أما مذهب الحنفية :</u>

فهم يقسمون العقد من ناحية ترتب آثاره عليه أو عدم ترتبها إلى ثلاثة أقسام :

١ - العقد الصحيح.

٢- العقد الفاسد.

٣- العقد الباطل.

(١) " أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ٣٧٦-٣٧٧، "حاشية ابن عابدين" (٥١/٥) "أصول الفقه الإسلامي" للزحيلي (١/ ١٠٥-١٥٦)، "الابهاج في شرح المنهاج " للسبكي (٦٧/١)، "المدخل الفقهي العام" للزرقا (٦٤١/٢ - ٦٩١) وما بعدها.

أولاً : العقد الصحيح :

هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، وكان سبباً لترتب آثاره الشرعية.

وهو : ما أقره الشارع ورتب آثاره عليه على حسب قوة إنشائه، بأن تكون أركانه سالمة لا خلل فيها، وكذلك أوصافه، ولم يرد أي منع له من الشارع الحكيم (١).

كمن اشترى سيارة بطريق المرابحة من البنك الإسلامي مثلا. فإن العقد في هذه الحالة صحيح فترتب عليه آثاره بمجرد انعقاده وتمامه، وذلك لمشروعيته بنص الآية {وأحل ا البيع وحرم الربا} [البقرة ٢٧٥] ، وخلوه من أي وصف خارجي عنه ورد النهي الشرعي فيه.

وينقسم العقد الصحيح عند الحنفية إلى (٢) :

١ - عقد نافذ : وهو ما لا يتوقف ترتب آثاره على إجازة غير العاقدين لعدم تعلق حق فيه لأحد غيرهما.

أي أن النافذ منتج نتائجه المترتبة عليه شرعاً منذ انعقاده وذلك لخلوه عن كل حق لغير العاقدين يوجب توقفه على إرادته، وخلوه عن كل مانع آخر يمنع نفاذه.

٢- عقد موقوف : وهو ما يحتاج في إنفاذه وترتيب آثاره الشرعية إلى إجازة من غير العاقدين لمساسه بحقه ، لأن فيه تجاوزاً على حق لغير عاقديه، يوجب توقفه على إرادته ، وإجازته ، كعقد الفضولي ، أو فيه مانع آخر يمنع نفاذه، كالإكراه.

والنافذ ينقسم إلى عقد لازم ، وعقد غير لازم :

أ - العقد اللازم : وهو: كل عقد لا يملك فيه أحد طرفيه فسخه دون رضا الآخر. وأقسامه:

١- عقد لازم بحق الطرفين ولا يقبل الفسخ بطريق الإقالة (٣). كالزواج : فإنه لا يقبل الفسخ الاتفاقي إلا بطرق شرعية مخصوصة - كالطلاق، والمخالعة، والتفريق القضائي- .

٢- عقد لازم بحق الطرفين : يقبل الفسخ والإلغاء بطريق الإقالة أي باتفاق العاقدين. كالبيع وسائر العقود التي تقبل الرفع والفسخ.

(١) "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٤٠٩.

(٢) "المدخل الفقهي العام" للزرقا (٥٧٧/١-٥٧٨، ٧٠٨/٢) .

(٣) الإقالة: رفع العقد باتفاق العاقدين "حاشية ابن عابدين (٥/ ١٢٦).

ب - عقد غير لازم أو- الجائز-: فهو كل عقد يملك أحد طرفيه أو كلاهما حق فسخه دون رضا الآخر.

وله صورتان :

١- عقد لازم بحق أحد الطرفين فقط. كالرهن، والكفالة فإنهما لازمان في حق الراهن، والكفيل بحيث لا يقدر أي واحد منهما على فسخ العقد من تلقاء نفسه دون الرجوع إلى الطرف الآخر؛ بينما لا يكونا لازمين في حق المرتهن، والمكفول لأنهما لمصلحته الشخصية لضمان حقه فله فسخ العقد من رهن، وكفاله من تلقاء نفسه.

٢- عقد غير لازم أصلاً بحق كلا الطرفين فيملك كل واحد من المتعاقدين حق الرجوع، والإلغاء بمجرد إرادته دون توقف على رضى الطرف الآخر. كالوديعة والإعارة والوكالة.

ثانياً: العقد الفاسد (١) :

وهو اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ ؛ فالعقد الفاسد منعقد ولكنه مستحق للفسخ والإبطال بسبب مخالفته لنظام التعاقد في ناحية فرعية. ومثاله: اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً ليس من مقتضى العقد وغير ملائم له وفيه مصلحة لأحدهما على الآخر.

ومن أسباب الفساد :

١- الجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع الذي يتعذر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه استناداً إلى تلك الجهالة.

كما لو اشترى شخص شاة غير معينة من قطيع : فالبائع قد يعطيه شاة رديئة بحجة عدم التعيين ، والمشتري يريد جيدة بنفس الحجة.

٢- الغَرر : ويراد به عند الفقهاء: أن يعتمد التعاقد على أمر موهوم غير موثوق.

كما لو اشترط المتعاقدان في عقد الشركة أن يكون لأحدهما مبلغاً معيناً من الربح- فهذا غرر لاحتمال أن لا تربح الشركة سوى هذا المبلغ، أو أقل منه، أو لا تربح أصلاً لذلك يشترط لصحة الشركة أن يكون الربح نسبة شائعة كالنصف والربع.

٣- الإكراه .

(١) "حاشية ابن عابدين" (٥/٨٨-٨٩)، "المدخل الفقهي العام" للزرقا (٢/ ٦٩٢-٦٩٧)، "الغرر وأثره في العقود" للضرير ص ٤٧ وما بعدها.

حكم العقد الفاسد :

لا يثبت حكم العقد الفاسد بمجرد العقد- كما في الصحيح- لأنه مستحق للفسخ، وعرضة للإبطال (١)، بل يتأخر حتى تنفيذ الشرط الفاسد.

فالبيع الفاسد لا يملك المشتري المبيع بتمام الإيجاب والقبول إلا إذا تسلمه فحينئذ يملكه وينفذ تصرفه فيه .

ثالثاً: العقد الباطل (٢):

وهو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه. فليس له أي وجود شرعي، إذ هو في حكم المعدوم، وملغي ليس له أثر شرعي. فمن أجرى عقداً باطلاً من بيع، أو إجارة، أو أي عقد باطل، لم يترتب عليه أي أثر.

لذلك عرفه الأستاذ الزرقا : "عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشرع" (٣)

أسباب بطلان العقد :

يمكن إرجاع سبب بطلان العقد إلى سبب واحد هو مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية جوهرية .

ذلك أن لكل عقد مقومات لا بد من وجودها ليحقق وجوده الفعلي، ومن هذه المقومات العاقدان، ومحل العقد، والصيغة- الإيجاب والقبول -.

فعدم أهلية العاقد لصغر سنه، أو جنونه وعدم قابلية المحل- المعقود عليه- للتصرف الوارد عليه كزواج الرجل ممن لا تحل له من النساء، أو عدم توافق الإيجاب والقبول كل ذلك موجب لبطلان العقد لمخالفته ناحية جوهرية في العقد.

(١) يصبح العقد الفاسد مستحقاً للفسخ بإرادة كل واحد من الطرفين دون التوقف على رضا الآخر ، لأن الفاسد لايفيد الملك قبل القبض ، فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع انظر "البدائع" للكاساني (٣٠٠/٥)

(١) انظر "المدخل الفقهي العام" للزرقا (٦٤٢/٢-٦٥٢)، "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ٣٧٦ وما بعـدها، "نظرية العقد في الفقه الإسلامي " لعز الدين خوجه ص ٧٠- ٧١.

(٢) "المدخل الفقهي العام " للزرقا (٢/ ٦٤٣).

<u>ب - أما مذهب الجمهور</u> : فلم يفرق الجمهور بين :

- الخلل في الأصل: وهو الذي يرجع إلى أحد العناصر الأساسية في العقد.

- الخلل في الوصف: وهو الذي يرجع إلى أحد العناصر الفرعية في العقد.

فعدوهما قسماً واحداً . فأطلقوا الباطل على الفاسد والفاسد على الباطل، ولم يفرقوا بينهما فيعرفون الباطل، بأنه: ما لا يترتب عليه أثر من آثاره الشرعية لسبب من الأسباب التـي تخل به ، سواء كان الخلل راجعاً إلى مخالفة العقد لناحية جوهرية فيه أم إلى وصف بـه ملازم له.

محل العقد (١) : ويسمى المعقود عليه:

وهو : ما يثبت فيه أثر العقد، وحكمه. كالمال في عقد البيع، والمستأجر في عقد الإجارة، والمسلم فيه في عقد السلم ، والمرهون في عقد الرهن ، والموهوب في عقـد الهبـة ، والدين المكفول به في عقد الكفالة ، والمتعة المشتركة في عقد الزواج .. وهكذا .

فمحل العقد هو الأموال التي يقصد المتعاقدان تبادل الحقوق فيها ويظهر فيها أثر العقد.

ويجب أن تتوافر فيه ثلاثة أمور (٢) :

الأول : وجوده، وذلك إذا اقتضى العقد بحسب طبيعته وشرعه وجوده، وعلـى ذلـك لا ينعقد بيع نتاج دابة قبل الولادة، ولا ثمرة قبل ظهورها .

الثاني : العلم به، والمراد بذلك أن يكون معلوماً للعاقدين في عقود المعاوضة علماً يمنع المنازعة والغرر عادة .

الثالث : أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد شرعاً ، فإذا كان لا يقبله لم يصح العقد، وعدم قبوله لحكم العقد قد يرجع إلى نهي الشارع، كمـا فـي بيـع الميتـة والخمـر والخنزير، وقد يرجع إلى أن حكم العقد يتنافى مع ما خصص له المحل من منفعة عامة، كبيع الأنهار العامة، وقد يرجع إلى أن العاقدين بالنسبة إليه سواء لا يملـك أحدهما فيه شيئاً لا يملكه الآخر كما في بيع المباح.

(١) انظر "المدخل الفقهي العام" للزرقا (٣١٤/١).

(٢) انظر "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ٢٨٣، "نظرية العقد" لعز الدين خوجة ص ٤٢-٤٣

خيارات العقود :

الأصل في العقود الصحيحة اللزوم، فتثبت آثارها وتصبح لازمة بمجرد تمامها، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا طائفة من العقود التي تقتضي طبيعتها عدم اللزوم سواء كان ذلك في حق أحد الطرفين أو في حقهما معاً.

إذ اللزوم كما تقدم يمنع من ثبت في حقه- الانفراد في فسخ العقد ما لم يتفق على ذلك مع الطرف الآخر عن طريق الإقالة.

ولكن قد يطرأ على العقد بعض الأسباب التي تسلبه صفة اللزوم، وتجعل للعاقدين أو لأحدهما حق الفسخ.

وترجع هذه الأسباب إلى أحد أمرين (١):

أولاً : الخيار الحكمي : وهو ما نشأ بحكم الشارع وجعله أثراً لتصرف ما رعاية لمصالح المتعاقدين.

فيثبت حق الفسخ لأحد العاقدين أو كلاهما بأحد الأسباب التي اعتبرها الشارع مسوغا لحق هذا الخيار، دون أن يحتاج إلى تخال اتفاق أو اشتراط لقيامه. ومثاله: خيار العيب، وخيار الرؤية.

ثانياً : الخيار الإرادي : وهو ما نشأ بإرادة العاقدين واتفاقهما على منح هذا الحق لأحدهما أو كليهما. ومثاله: خيار الشرط.

والحقيقة أن الخيار الحكمي يستغرق معظم الخيارات، بل كافتها كما عد ذلك البعض. باستثناء الخيارات الإرادية الثلاث- خيار الشرط، وخيار التعيين، وخيار النقد-.

وسوف نقوم في بحثنا هذا بشرح بعض هذه الخيارات- وهي : خيار الشرط ، وخيار الرؤية، وخيار العيب-، فنقول : الخيار هو: حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، لظهور مسوغ شرعي، أو بمقتضى اتفاق عقدي (٢).

(١) انظر "بدائع الصنائع " للكاساني (٢٩٢/٥، ٢٩٧) ، "الخيار وأثره في العقود" لأبي غدة (٠/ ٢٩٢، ٢٩٧)، ٨ "الخيار وأثره في العقود" لأبي غدة ص ٤٩، "نظرية العقد في الفقه الإسلامي" لعز الدين خوجة ص ٨٣.

(٢) "الخيار وأثره في العقود" لأبي غدة ص ٤٣.

أولاً : خيار الشرط :

تعريفه :

هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذا شرط ذلك في العقد.

صورته :

أن يقول المشتري للبائع اشتريت منك هذه الدار بخمسمائة ألف ريال على أن لي الخيـار ثلاثة أيام. أو أن يقول صاحب العقار : بعتك هذه الدار- بكذا- علـى أن يكـون الخيـار لفلان.

مشروعيته:

اتفق الفقهاء على جواز خيار الشرط (١)، وأنه شرع على خلاف القيـاس لأنـه شـرط يخالف مقتضى العقد وهو ثبوت حكمه (٢) للحال فيمنع انعقاد العقد في حكم الأصل. ولكن ثبتت مشروعيته بقوله ﷺ لحبان بن منقذ الأنصاري- وكان يغبن ويخـدع إذا بـاع وإذا اشترى- : "إذا بايعت فقل لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام " (٣).

ثبوت خيار الشرط:

يعتبر خيار الشرط من أنواع الخيارات الإرادية التي لا تثبت إلا إذا أبدى أحد المتعاقدين أو كلاهما الرغبة في إنشائها، لذلك احتاج هذا الخيار لإثباته في العقد إلى ضرورة اشتراطه فيه.

وخيار الشرط يصح أن يشترطه كل واحد من المتعاقدين لنفسه، أو لأحدهما دون الآخـر، كما يصح أن يشترطه أي واحد منهما لغيره- شخص أجنبي عن العقد (٤) .

(١) "نوادر الفقهاء" للجوهري ص ٢٤٢-٢٤٣.

(٢) "بدائع الصنائع" للكاساني (٥/ ٢٠١).

(٣) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/ ٢٢) ، وانظر "نصب الراية" للزيلعي (٤/ ٦).

(٤) وخالف ذلك الإمام زفر من الحنفية والإمام الشافعي في أحد قوليه "انظر الإمام زفر وآراؤه الفقهية" لأبي اليقظان الجبوري (٢/١١١-١١٢).

مدة الخيار :

ومدة الخيار ثلاثة أيام لا تزيد عنها، وقد تنقص عند أبي حنيفة، وزفر، والشافعي.

لأنه ثبت على خلاف القياس لورود النص فيه فيقتصر فيه على محل النص الذي ثبت به وهو حديث حبان بن منقذ.

وذهب الصاحبان- أبو يوسف، ومحمد بن الحسن- وأحمد أنه يجوز أن تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام حتى لو كانت طويلة.

لأن الخيار شرع للتروي ولدفع الغبن والتغرير، والأمن من الانخداع وقد يحتاج لدفع ذلك إلى تعيين مدة أطول ، فجازت الزيادة، ويترك الأمر لتقدير العاقدين. (١)

وقال الإمام مالك : إن الأصل في مدة الخيار هو الثلاث ولكن يصح تعيين أكثر من ثلاثة إذا وجدت حاجة تدعو إلى ذلك، كأن يكون من يريد استشارته في قرية لا يصل ويعود منها في ثلاثة أيام (٢).

ما يبطل به خيار الشرط (٣):

يبطل بما يلي:

١- إجازة العقد في مدة الخيار أو فسخه بالقول أو بالفعل.

٢- موت من له الخيار في مدته قبل أن يختار.

٣- مضي مدته بلا اختيار.

٤- تعيب المحل أو هلاكه في يد المتملك إذا كان شرط الخيار له.

٥- إذا كان محل العقد عقاراً وشرط الخيار للمتملك فطلب الشفعة بسببه في مدة الخيار.

٦- زيادة المحل في يد المتملك زيادة متصلة أو منفصلة متولدة، أما المنفصلة غير المتولدة فلا تبطل الخيار.

(١) "الخيار وأثره في العقود" لأبي غدة ص ٢٣٩-٢٤٢ ، "المغني والشرح الكبير" لابن قدامة (٦٧/٤) .

(٢) "حاشية ابن عابدين" (٦٠٥/٤) ، "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٢/)، "مغني المحتاج " للشربيني (٤٧/٢) ، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" (٣/ ٩١) ، "الشرح الكبير" لشمس الدين ابن قدامة (٦٥/٤) ، "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص٤٣٢-٤٣٣.

(٣) انظر "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٢/ ١٢)، "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ٣٤١-٣٤٤.

ثانياً : خيار الرؤية (١):

تعريفه :

هو : حق يثبت به للمتملك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره (٢).

فمن اشترى شيئاً لم يره من قبل كان له الخيار في إمضائه أو فسخه إذا رآه.

مشروعية خيار الرؤية:

لقد استدل الفقهاء على مشروعية خيار الرؤية بحديث أبي هريرة عن النبي ﷺ : "من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه" (٣).

فالحديث واضح الدلالة على خيار الرؤية وتخيير المشتري بين إمضاء العقد أو فسخه بعد مشاهدة العين المعقود عليها.

ومنه ما رواه الطحاوي عن علقمة بن وقاص الليثي، أن طلحة بن عبيد ا اشترى من عثمان بن عفان مالاً، فقيل لعثمان : إنك قد غبنت- وكان المال بالكوفة لم يره عثمان حين ملكه- فقال عثمان: لي الخيار لأني بعت ما لم أره. فقال طلحة: لي الخيار ؛ لأني اشتريت ما لم أره. فحكما بينهما جبير بن مطعِم، فقضى أن الخيار لطلحة، ولا خيار لعثمان (٤).

ووجه الدلالة من الحديث: أن الصحابة كانوا يتعاملون بهذا الخيار وبينوا كثيراً من معاملاتهم حتى عد الطحاوي الآثار الواردة متواترة.

(١) انظر "الخيار وأثره في العقود" لأبي غدة ص ٤٩٣، "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٤٣٨ وما بعدها.
(٢) "نظرية العقد في الفقه الإسلامي" لعز الدين خوجة ص ٨٥ - ٨٦ .
(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٥/٢٦٨).
(٤) "معاني الآثار" للطحاوي (٤/ ١٠)

سبب ثبوته :

عدم الرؤية عند العقد، فيثبت خيار الرؤية لمن اشترى أو عقد على شيء دون أن يـراه، وإن لم يشترط في العقد.

أما إذا رآه قبل العقد لم يكن له هذا الخيار؛ لأنه يكون بمثابة من اشترى شيئاً قد رآه.

يذكر البابرتي (١) في تعليل إغناء الرؤية السابقة عن الرؤية عند العقد وترتـب امتنـاع الخيار بها.

أن العلم بأوصاف المبيع حاصل للمشتري بتلك الرؤية السابقة، وبفوات العلم بالأوصـاف يثبت له الخيار، فبين الأمرين (العلم بالأوصاف وثبوت الخيار) منافـاة، يثبـت أحـدهما بانتفاء الآخر (٢).

وذكر أن هناك شرطين لهذا الإغناء هي:

١- علم المشتري عند العقد أن المبيع هو الذي رآه قبل العقد.

٢- بقاء المبيع عند العقد على الصفة التي كان عليها عند رؤية المشتري السابقة له قبل (٣)

ويكتفى من الرؤية ما يوصل إلى معرفة صفات المعقود عليه والمقصود منه. فكل رؤيـة تؤدي إلى ذلك فهي صحيحة تترتب عليها أحكام خيار الرؤية (٤).

أثـــره :

١- عدم لزوم العقد بالنسبة لمن له هذا الخيار فيكون له حق الفسخ قبل الرؤية - مـع امتناع الإجارة قطعاً لأنها لا تكون إلا بعد الخيار- وهذا قول معظم الحنفيـة ووجـه عند الشافعية لأن العقد غير تام لأن تمامه بالرضا به وهو لا يكون قبل الرؤية.

٢- أن يكون لمن له هذا الخيار حق إمضاء العقد أو فسخه بعد رؤية المحل، فإذا فسخه بطل دون توقف على قضاء قاض أو علم العاقد الآخر (٥).

(١) هو الإمام الحافظ المحقق المدقق أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود البابرتي الحنفي كـان بارعـاً فـي الفقه، والحديث، وعلومه ذا عناية باللغة، والنحو والصرف والمعاني والبيان. "الفوائد البهية فـي تـراجم الحنفية" للكنوي برقم ٤١٣.

(٢) "العناية شرح الهداية" للبابرتي (٥/ ١٤٩ مع فتح القدير).

(٣) "الخيار وأثره في العقود" لأبي غدة ص٥٢٠

(٤) "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٤٤١.

(٥) "بدائع الصنائع " للكاساني (٢٩٢/٥)، "الهداية" للمرغيناني (١٣٩/٥ مع فتح القدير)، "أحكـام المعـاملات الشرعية" للخفيف ص ٣٥١-٣٥٣، "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٤٥٠.

مايسقطه :

يسقط هذا الخيار قبل الرؤية وبعدها بما يأتي:

١- تصرف المتملك في المحل تصرفاً يوجب لغير العاقدين حقاً فيه، كأن يهبه، أو يبيعه .

٢- تعيب المحل في يد المتملك أو هلاكه ولو كان ذلك في بعضه.

٣- موت المتملك لأن خيار الرؤية لا يورث.

٤- زيادة المحل في يد متملكه زيادة تمنع الرد بخيار الشرط.

ويسقطه بعد الرؤية فقط ما يلي:

كل ما يدل على الرضى من قول : كرضيت، أو فعل كانتفاعه بالمحل ، أو تصرف فيه بما لا يوجب للغير حقاً فيه، كهبته من غير تسليم وبيعه مع اشتراط الخيار فيه.

ومثل ذلك في الحكم طلبه الأخذ بالشفعة بسببه (١).

وقـتـه :

يبتدىء خيار الرؤية من حين رؤية المبيع لا قبلها لذا لو أمضى العقد قبل رؤية المعقـود عليه ورضي به صريحاً بأن قال رضيت أو أجزت، ثم رآه كان له أن يرده بخيار الرؤية، وينتهي بصدور ما يدل على الرضا أو الفسخ، ولو طال ذلك أيامـاً، ولا يتوقـت بإمكـان الفسخ.

وهذا هو اختيار الكوفي من مشايخ الحنفية وهو الأصح والمختار كما قال ابن الهمام (٢).

ثالثاً : خيار العيب :

خيار العيب هو ما يكون للمتملك من حق فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجـده فيمـا تملك. وذلك بحكم الشارع. فلا يحتاج في ثبوته له إلى اشتراط ذلك في العقد، لأن السلامة مـن مقتضى العقد، فإذا لم يسلم محل العقد يثبت للمشتري- العاقد الآخر- هذا الخيار (٣).

---

(١) "فتح القدير" لابن الهمام (١٤١/٥ وما بعدها) ، "الخيار وأثره في العقود " لأبي غدة ص ٥٥٠، "حاشية ابـن عابدين" (٤/ ٦٣٣).

(٢) "فتح القدير" لابن الهمام (٥/ ١٣٩) ، (بدائع الصنائع، للكاساني (٢٩٥/٥).

(٣) "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ٣٥٦، "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٤٤٥.

صورته :

أن يوجد عيب في المعقود عليه حادث قبل القبض ولم يكن المشتري عالماً به في أثنـاء إنشاء العقد ولم يرض به بعد اكتشافه .

مشروعيته:

أجمع الفقهاء على مشروعية خيار العيب لأن العقد يتم على أسـاس أن المعقـود عليـه بريء من العيوب وخالٍ منها. فيكون ظهوره في محل العقد- المعقود عليه- منافٍ للرضا المشروط في العقود لقوله تعالى: {إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم} [النـساء ٢٩]، حيث أن العقد المتلبس بالعيب تجارة عن غير تراض .

فمتى حل العيب بالمبيع يثبت حق الفسخ للعاقد الذي اختل الرضا من جانبه فله حينئذ الرد بخيار العيب (١).

قال الكاساني: إن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم تحصل فقد اختل رضاه وهـذا يوجب الخيار لأن الرضا شرط صحة البيع.. (٢)

سبب خيار العيب :

مما سبق يتبين لنا أن سبب ثبوت خيار العيب ظهور عيب في محل العقد. ولكن لا يعتبـر أي عيب يحصل في هذا المحل موجباً للخيار بل لا بد لقيامه من تحقق عدة شرائط ليكون مستوجباً حكمه من الأرش أو الرد.

وهذه الشروط هي (٣) :

١- أن يترتب على هذا العيب نقص في ثمنه عند التجار ولو يسيراً بحيث لو عرفه المتملك ما أقدم على شرائه بهذا الثمن، والمرجع في ذلك إلى العرف السائد لذوي الخبرة من التجار والمقومين (٤).

---

(١) "الخيار وأثره في العقود" لأبي غدة ص ٣٤٨-٣٥٢، "نظرية العقد في الفقه الإسلامي" لعز الدين خوجة ص ٨٧، "نوادر الفقهاء" للجوهري ص ٢٤٦، "مراتب الإجماع" لابن حزم ص ٨٧.

(٢) "بدائع الصنائع " للكاساني (٥/ ٢٧٤).

(٣) "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ٣٥٧-٣٥٨، "الخيار وأثره في العقود" لأبي غدة ص ٣٦٢ وما بعدها، "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٤٤٦-٤٤٧.

(٤) "فتح القدير" لابن الهمام (١٥١/٥ وما بعدها)، "حاشية ابن عابدين" (٥/٤)، "مغني المحتاج" للشربيني (٥١/٢).

٢- أن يحدث هذا العيب عند المملك قبل التسليم إلى المتملك فإذا حدث بعد التسليم فلا يثبت الخيار. لأن لفوات صفة السلامة المشروطة دلالة في العقد، وقد حصل المعقود عليه سليماً في يد المشتري، إذ العيب لم يحصل إلا بعد التسليم فلم يثبت (١).

٣- الجهل بالعيب: فلا بد أن يكون المتملَّك غير عالم بالعيب سواء كان ذلك عند العقد، أو بعده عند القبض.

فلو اشترى شيئاً وهو عالم بعيبه عند العقد، أو اشتراه جاهلاً بعيبه ثم علم به عند القبض فقبضه عالماً بعيبه لم يقم له حق الخيار؟ لأن إقدامه على الشراء مع علمه بالعيب قبل القبض أو بعده رضاً به دلالة (٢).

قال ابن الهمام: "العلم بالعيب عند البيع أو القبض مسقط للرد والأرش" (٣).

٤- أن لا يكون المملِّك قد شرط البراءة من العيوب، وأن لا يكون المتملك قد تملكه على أن لا يكون له خيار العيب (٤).

لأن البائع لو شرط البراءة يكون قد أخلى جانبه من مسؤولية حصول العيب بالمبيع. كما أن المشتري لو تملك العين وأسقط حقه في خيار العيب يكون قد عبر عن رضاه بالمبيع على جميع أحواله وصفاته الحالية والمستقبلية. ويثبت خيار العيب بما يثبت به خيار الرؤية.

أثر خيار العيب على العقد (٥):

إن وجود خيار العيب في العقد لا أثر له على حكم العقد الذي هو انتقال ملكية كل من العوضين للآخر. فيثبت للمشتري ملكية المبيع وللبائع ملكية الثمن. لأن ركن البيع مطلق عن الشرط، والثابت بدلالة الخيار هو شرط السلامة لا شرط السبب كما في خيار الشرط- الذي يوقف خروج أحد العوضين عن يد من شَرطه-.

فيقتصر أثر شرط السلامة على منع لزوم العقد لمن ثبت له الخيار، دون أن يكون له سلطان على منع أصل حكم العقد، فيحق له فسخ العقد، والرد دون حاجة إلى التراضي، أو التقاضي، ما لم يمنع من ذلك مانع، لما فيه من صفة عدم اللزوم. لكن يجب إعلام الطرف الآخر بهذا الفسخ. كل ذلك إذا لم يحصل قبض.

(١) "بدائع الصنائع " للكاساني (٢٧٥/٥)، "الهداية، للمرغيناني (١٧١/٥ مع فتح القدير).

(٢) "الفتاوى الهندية" للشيخ نظام (٦٧/٣)، "الخيار وأثره في العقود، لأبي غدة ص ٣٩٩.

(٣) "فتح القدير" لابن الهمام (٥/ ١٥٣).

(٤) " تكملة المجموع" للسبكي (٣٥٦/١٢).

(٥) "الخيار وأثره في العقود" لأبي غدة ص ٤١٦، "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ٣٥٩-٣٦٠ ، "بدائع الصنائع " للكاساني (٢٨٢/٥).

أما إذا حصل القبض وانتقل محل العقد إلى يد صاحب الخيار فإن العقد يوصف بعدم اللزوم لكن يحتاج في ذلك إلى التراضي أو التقاضي.

وهو قبل القبض فسخ بالنسبة للعاقدين ولغيرهما، وبعد القبض كذلك إن كان بطريق القضاء، فإن كان بالتراضي اعتبر بيعاً جديداً في حق غيرهما كالشفيع.

فخيار العيب يعطي من ثبت له الحق في إمضاء العقد بالثمن الأول، أو فسخه واسترداد العوض الذي دفعه.

موانع الرد بخيار العيب :

يمنعه ما يأتي:

١- رضا المتملك بالعيب بعد علمه به.

٢- إسقاطه لحقه في الخيار بالعيب، سواء أكان ذلك صريحاً كأسقطت حقي في الخيار أم دلالة كإبرائه المملك من العيب.

٣- هلاك محل العقد في يد المتملك ويستوي فيه السبب السماوي أو استهلاك المشتري.

٤- تعيب المحل في يده إلا إذا رضي البائع بالرد مع العيب الجديد الحادث عند المتملك، مع نقصان قيمة العيب من الثمن.

٥- زيادة المحل في يد المتملك زيادة متصلة، غير متولدة - قبل القبض وبعده - كالبناء والغرس في الأرض؟ فإن هذه الزيادة ليست تابعة بل هي أصل بنفسها فتعذر معها رد المبيع ، لعدم إمكان الفصل بينهما. أو كانت زيادة منفصلة متولدة- بعد القبض

خاصة - كاللبن والتمر لأنه إن ردها مع الأصل كانت للبائع ربح ما لم يضمن وان استبقاها في يده تكون بلا ثمن وهذا من صور الربا.

ويقدر النقصان بتقويم المبيع سليماً عند العقد، ومعيباً عند المتماك وينسب الفرق بين القيمتين إلى قيمته سليماً ، وبقدر هذه النسبة ينقص الثمن (١).

---

(١) "الخيار وأثره في العقود" لأبي غدة (ص ٤٤٢- ٤٥٤)، "الملكية ونظرية العقد" لأبي زهرة ص ٤٤٧ وما بعدها، "بدائع الصنائع" للكاساني (٥/ ٢٨٥ وما بعدها)، "فتح القدير" لابن الهمام (١٦١/٥ وما بعدها) ، "مغني المحتاج" للشربيني (٥٤/٢).

أقسام العقود بالنظر إلى أثارها على وجه الإجمال :

تنقسم العقود بالنظر إلى آثارها والأغراض التي تقصد منها إلى مجموعات، ينتظم كل مجموعة منها غرض خاص، ويكون لها به وحدة معينة، ولذلك قد يرد العقد في أكثر من مجموعة إذا تعدد الغرض منه، وهاك بيانها:

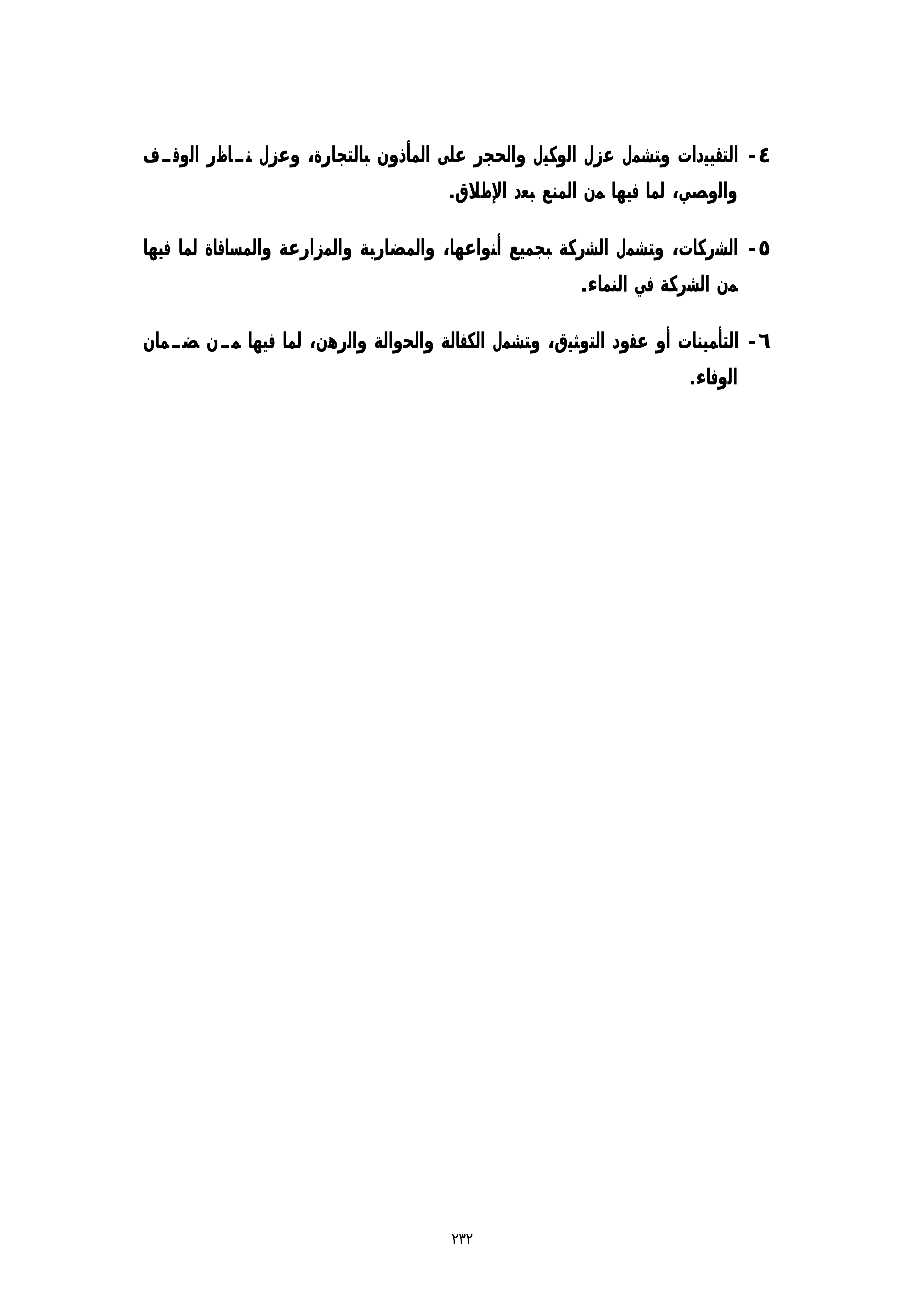
١- التمليكات وهي تنتظم المعاوضات والتبرعات :

أ - فالمعاوضات تشمل البيع بجميع أنواعه من قرض، وصرف، وسلم وغيرها، والقسمة، والصلح، والاستصناع، والإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والزواج، والخُلع، والمضاربة، والجعالة، لما في جميع هذه العقود من معنى المعاوضة والمبادلة.

ب - والتبرعات تشمل الهبة، والصدقة، والوصية، والإعارة، والقرض، والكفالة، والحوالة، والمحاباة في عقود المعاوضات، والوقف والإبراء، لما في جميع هذه العقود من معنى التبرع.

٢- الإسقاطات، وهي إما أن تكون نظير بدل، كالخُلع، والعفو عن القِصاص نظير مال، والصلح في الدين، وإما أن تكون بلا بدل، كالإبراء، والطلاق، والإعتاق، وتسليم الشفعة، والعفو عن القصاص بالمجان، لما في جميع ذلك من معنى التنازل والإسقاط.

٣- الإطلاقات، وتشمل الوكالة والإذن بالتجارة للصبي ونحوه، والبضاعة لما فيها من إطلاق اليد في المال بعد المنع.



٤- التقييدات وتشمل عزل الوكيل والحجر على المأذون بالتجارة، وعزل ناظر الوقف والوصي، لما فيها من المنع بعد الإطلاق.

٥- الشركات، وتشمل الشركة بجميع أنواعها، والمضاربة والمزارعة والمساقاة لما فيها من الشركة في النماء.

٦- التأمينات أو عقود التوثيق، وتشمل الكفالة والحوالة والرهن، لما فيها من ضمان الوفاء.

تحول العقود *

١ - تحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر :

ذهب الحنفية والحنابلة ، وهو الأظهر من المذهب عند الشافعية : إلى أن الهبة إذا كانت بشرط العوض يصح العقد ويتحول إلى بيع ، فيثبت فيه الخيار والشفعة ، ويلـزم قبـل القبض، ويرد بالعيب وخيار الرؤية . وفي قول للشافعية : يبطل العقد ، لأنه شرط فـي الهبة ما ينافي مقتضاها .

وذهب المالكية إلى : أن هبة الثواب بيع ابتداء ، ولذا لا تبطل بموت الواهب قبل حيازة الهبة .

ولتحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر أمثلة أخرى منها :

تحول المضاربة الصحيحة إلى وكالة بالنسبة لتصرفات المضارب ، ولذلك يرى جمهـور الفقهاء في الجملة : أن تصرفات المضارب منوطة بالمصلحة للوكيل .

وإلى شركة إن ربح المضارب ، وإلى إجارة فاسدة إن فسدت .

ومنها : تحول السلم إلى بيع مطلقاً ، إذا كان المسلم فيه عيناً في قول عند الشافعية.

ومنها : تحول الاستصناع سلماً إذا ضرب فيه الأجل عند بعض الحنفية ، حتى تعتبر فيه شرائط السلم .

٢- تحول العقد الموقوف إلى نافذ :

ذهب الحنفية والمالكية ، وهو قول للشافعية ، ورواية عنـد الحنابلـة : إلـى أن بيـع الفضولي ينعقد موقوفاً على إجازة المالك ، فإذا أجازه المالك أصبح نافذاً ، وإلا فلا.

وذهب الشافعية في القول الجديد ، وهو رواية أخرى عند الحنابلة إلى : أن هـذا البيـع باطل ويجب رده .

٣- تحول الدين الآجل إلى حالّ :

يتحول الدين الآجل إلى حالّ في مواطن منها :

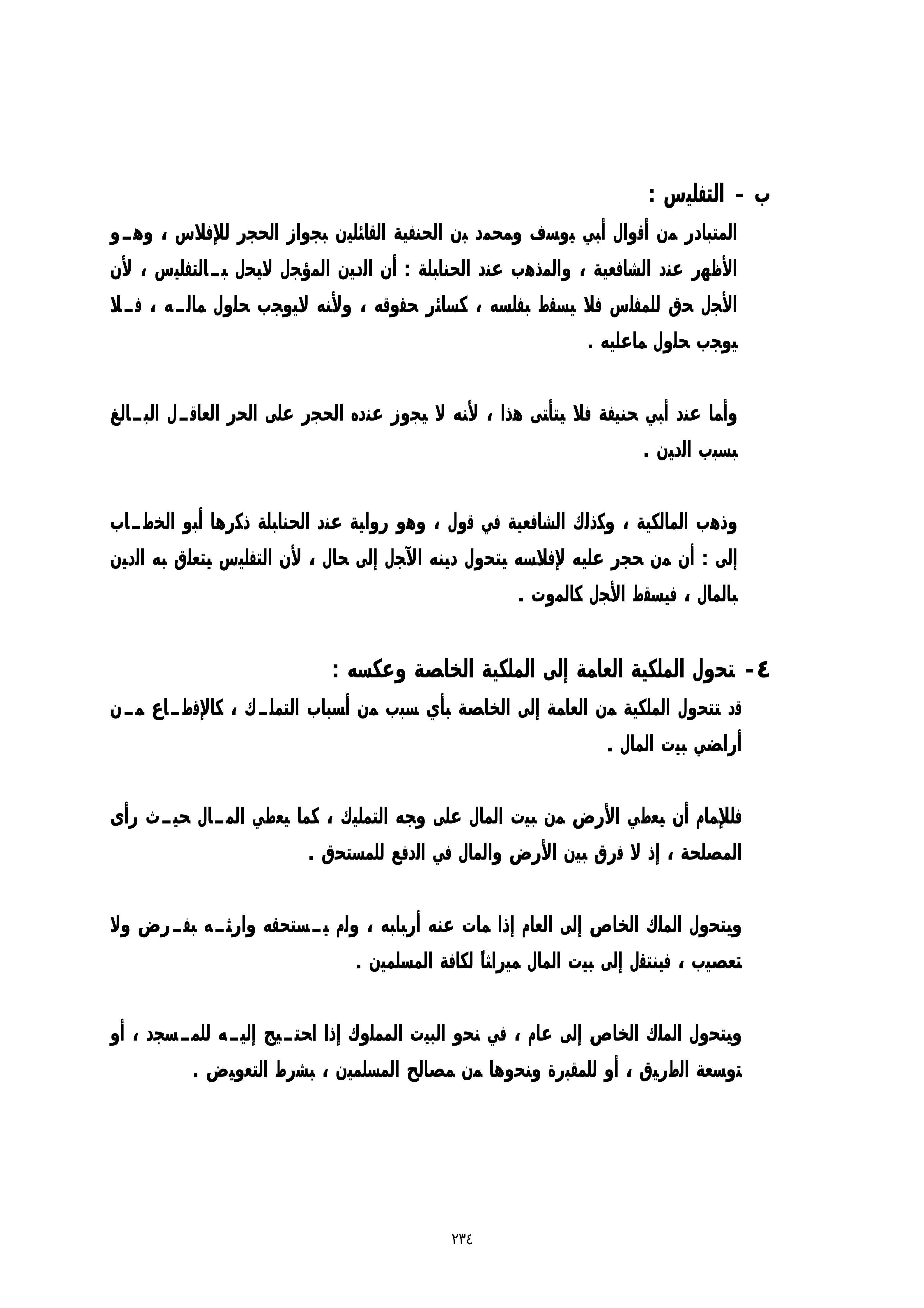
أ - الموت :

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية ، وهو رواية عند الحنابلة : إلى أن الدين الآجل يتحول بالموت إلى حال ، لانعدام ذمة الميت وتعذر المطالبة .

وذهب الحنابلة في رواية أخرى : إلى أنه لا يحل إذا وثقه الورثة .

---

* الموسوعة الفقهية الكويتية - (تحول) - الجزء العاشر - ص (٢٨٦ - ٢٨٩)



ب - التفليس :

المتبادر من أقوال أبي يوسف ومحمد بن الحنفية القائلين بجواز الحجر للإفلاس ، وهـو الأظهر عند الشافعية ، والمذهب عند الحنابلة : أن الدين المؤجل لايحل بـالتفليس ، لأن الأجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه ، كسائر حقوقه ، ولأنه لايوجب حلول مالـه ، فـلا يوجب حلول ماعليه .

وأما عند أبي حنيفة فلا يتأتى هذا ، لأنه لا يجوز عنده الحجر على الحر العاقـل البـالغ بسبب الدين .

وذهب المالكية ، وكذلك الشافعية في قول ، وهو رواية عند الحنابلة ذكرها أبو الخطـاب إلى : أن من حجر عليه لإفلاسه يتحول دينه الآجل إلى حال ، لأن التفليس يتعلق به الدين بالمال ، فيسقط الأجل كالموت .

٤- تحول الملكية العامة إلى الملكية الخاصة وعكسه :

قد تتحول الملكية من العامة إلى الخاصة بأي سبب من أسباب التملـك ، كالإقطـاع مـن أراضي بيت المال .

فللإمام أن يعطي الأرض من بيت المال على وجه التمليك ، كما يعطي المـال حيـث رأى المصلحة ، إذ لا فرق بين الأرض والمال في الدفع للمستحق .

ويتحول الملك الخاص إلى العام إذا مات عنه أربابه ، ولم يـستحقه وارثـه بفـرض ولا تعصيب ، فينتقل إلى بيت المال ميراثاً لكافة المسلمين .

ويتحول الملك الخاص إلى عام ، في نحو البيت المملوك إذا احتـيج إليـه للمـسجد ، أو توسعة الطريق ، أو للمقبرة ونحوها من مصالح المسلمين ، بشرط التعويض .

الجمع بـين العقـود *

تعريفها :

أن يتراضى الطرفان على إبرام معاقدة تشتمل على عقدين أو اكثر ، كالبيع والاجارة والهبة والمزارعة والقرض والزواج والشركة والصرف والمضاربة والجعالة... الخ ـ على سبيل الجمع أو التقابل بحيث تعتبر سائر موجبات تلك العقود المجتمعة أو المتقابلة، وجميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها جملة واحدة لاتقبل التفريق والتجزئة، بمثابة آثار العقد الواحد.

حكمها :

الصفقة التي تتضمن أكثر من عقد ، قد تكون صحيحة مشروعة ، وقد تكون فاسدة محرمة وذلك بحسب نوع العقود التي اجتمعت فيها

فالأصل الشرعي هو صحة اجتماع أكثر من عقد في اتفاقية واحدة ، مالم يكن هناك مانع شرعي من ذلك فكل مالم يبين ا ورسوله صلى ا عليه وسلم تحريمه من العقود والشروط فلا يجوز تحريمه

وقد نظر الفقهاء في النصوص الشرعية الاستثنائية الواردة في النهي عن الجمع بين بعض العقود في اتفاقية واحدة واستنبطوا منها ضوابط لحظر اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة وتلك الضوابط ثلاثة ، وهي :ـ

الضابط الأول : (أن يكون الجمع بينهما محل نهي في نص شرعي)

وقد وردت على سبيل الحصر ثلاثة نصوص حديثية تنهى عن الجمع بين أنواع من العقود في معاقدة واحدة ، وهى : نهيه صلى ا عليه وسلم عن بيع وسلف ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن صفقتين في صفقة .

أما الأول : فهو ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ، وأحمد ، والـشافعي ، ومالك عن النبي صلى ا عليه وسلم أنه نهى عن بيع وسلف .

* المصدر : اجتماع العقود المتعددة في صفقة واحدة - إعداد أ.د : نزيه حماد

ولاخلاف بين الفقهاء في حرمة اجتماع القرض مع البيع في صفقة واحدة ، وإن ذلك الحكم منسحب على الجمع بين القرض والسلم ،وبين القرض والصرف ، وبين القرض والإجارة ، لأنهـا كلها بيوع مع قرض .

وأما الثاني : فهو ماوراه الترمذي ، والنسائي ، وأبو داود عن أبي هريـرة ومالـك فـي الموطأ بلاغا عن النبي صلى ا عليه وسلم أنه : "نهى عن بيعتين في بيعة"

بأن يقول الرجل لآخر : بعتك بستاني هذا بكذا على أن تبيعني دارك بكذا .

وعلة امتناع هذه الصورة كما قال : التفارق عن بيع بثمن مجهول ، اذ لا يدري كـل واحـد منهما على ما وقعت عليه صفقته "

وبناء على ذلك ذهب الحنابلة والحنفية والشافعية الى عدم جواز الجمع بـين أي عقـدين بعوضين متميزين ، مثل : بعتك داري هذه بكذا على أن أبيعك داري الأخرى بكذا أو على أن تبيعني فرسك بكذا .

وقد خالفهم في ذلك المالكية وابن تيمية من الحنابلة في تفسير البيعتين في بيعة، وذهبـوا الى جوازها وصحتها ومشروعية الجمع بين العقدين بعوضين متميزين في صفقة واحدة "

وإن ما ذهب إليه المالكية وابن تيمية من الحنابلة فيه وجاهة وظهور ، لقوة ما استدلوابه، ولما في القول بجواز تلك العقود المجتمعة في المعاملات المالية من مصالح وتسهيلات وتيسير على العباد .

وأرجح الوجوه في تفسير البيعتين في بيعة هو أن يقول : أبيعك هذه السلعة بمائة إلى سـنة على أن أشتريها منك بثمانين حالة . وذلك نفس بيع العينة . وهو ما ذهب إليه ابـن القـيم فـي معناها وهو مطابق لقوله صلى ا عليه وسلم " فله أوكسهما أو الربا"

ولا يخفى ما في رأى الامام مالك من فقه حسن ونظر سـديد ، لتعويلـه علـى المقاصـد والمعاني دون الألفاظ والمباني ، واعتباره لمآلات الأفعال ومقاصدها دون الأشباح والرسوم، ولمـا فيه من التخفيف على العباد والتيسير عليهم في معاملاتهم.

وأما الثالث : فهو ما رواه أحمد والبزار والطبراني عن سماك عن عبدالرحمن بن عبدا بن مسعود عن أبيه قال : نهى النبي صلى ا عليه وسلم عن صفقتين في صفقة بأن يبيع الرجل البيع فيقول : هذا بنساء بكذا وكذا ، وهو بنقد بكذا وكذا ذلك من غير أن يعين المشتري بـأي الثمنـين اشترى .

الضابط الثاني : أن يترتب على الجمع بينهما توسل بماهو مشروع الى ما هو محظور

ومن أمثلة ذلك الجمع بين البيع والقرض ، قال ابن القيم : " وحرم الجمع بين السلف والبيع لما فيه من الذريعة إلى الربا في السلف بأخذ أكثر مما أعطى ، والتوسل الى ذلك بالبيع أو الاجارة ومن أمثلته أيضا " العينة " وهي : أن يبيعه السلعة بمائة مؤجلة على أن يشتريها منه بثمانين حالة ذلك أن الجمع بين عقدي البيع ههنا يؤول إلى الربا ، فهما في الظاهر بيعتان ، وفي الحقيقة ربا .

الضابط الثالث : أن يكون العقدان - فأكثر - متضادين وضعا ومتناقضين حكما

فان كانا كذلك فانه لا يجوز الجمع بينهمـا (نـص علـى ذلـك المالكيـة)، كـالبيع والسلف،ومنه البيع والنكاح . أما العقود التي لا تضاد بينها ولا تعارض، فيجوز اجتماعها في صفقة واحدة لعدم التنافي، كاجتماع البيع مع الإجارة أو الهبة أو نحو ذلك.

أما جمهور الفقهاء ، فلم يوافقوا المالكية على منع الجمع بين العقود المختلفة الأحكام والمتباينة الشروط في معاقدة واحدة ، وذلك لعدم إفضاء ذلك مطلقاً إلى تناقض فـي الأحكـام وتضاد في الموجبات والآثار .

الحنفية نصوا على جواز اجتماع القرض والشركة وذهب الشافعية إلى أنه إذا جمع في التعاقد بين بيع وإجارة ، أو بيع وسلم أو إجارة وسلم أو صرف فلا يمنع صحة المعاقـدة ، وذهـب الحنابلة الى جواز اجتماع عقدين مختلفي الوضع والحكم بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض ونص ابن تيمية من أئمة الحنابلة على جواز عقدين مختلفي الوضـع والحكم بعوضين متميزين .

الخلاصة :

بعد النظر والتأمل في مذاهب الفقهاء وتفصيلاتهم في هذا السبب المانع من اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة يظهر أن الأصل " أن لايكون العقدان متضادين وضعا ومتناقضين حكما " وذلك لأن العقود أسباب تفضي إلى تحصيل حكمتها وغايتها ومقصودها في مسبباته بطريق المناسبة ، ولهذا لا يصح الجمع بين عقدين بينهما تناقض ولا تضاد في عقد واحد .

ولو نظرنا الى ما أجمع الفقهاء على صحته ومشروعيته من اجتماع عقود التوثيق مع عقود المداينات ، مثل اجتماع البيع أو الصلح مع الكفالة والحوالة أو اجتماع السلم مع الكفالة ، لوجدناه جمعاً بين عقدين مختلفين وضعا ، متباينين حكما وشروطا ، ومع ذلك لم يروا بأساً في اجتماعهما ، حيث لاتناقض ولا تضاد.

فمحور المنع ومناط الحظر في اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة ، إنما هو وجود التناقض والتضاد بينهما لاستحالة اجتماع الضدين والنقيضين ، وإن ما قاله الشافعية والحنابلة على الصحيح المعتمد من صحة الجمع بين عقدين متباينين شروطا وحكما في معاقدة واحدة - حيث لا تناقض ولاتضاد بينهما - منسجم مع قواعد الشريعة وأصولها ، وفيه تيسير على العباد ورفق بهم ورفع للحرج عنهم في إبرام ما يحتاجون إليه من الجمع بين العقود المختلفة في صفقة واحدة ، وذلك معتبر مقصود شرعا ، فالمحظور إذا إنما هو الجمع بين عقدين مختلفين شروطا وحكما ، إذا ترتب على ذلك تناقض وتضاد وتنافر في الموجبات والآثار وهذا إنما يكون في حالة توارد العقدين على محل واحد كما في الجمع بين هبة عين وبيعها أو إجارتها أو الجمع بين المضاربة وإقراض المضارب لرأس المال ونحو ذلك أما إذا تعدد المحل وانتفى التنافر والتضاد في الأحكام ، فلا حرج شرعاً في الجمع بينهما ، ولو كان هناك ثمة تباين في الشروط والأحكام ، أو اختلاف في الموجبات والآثار ، إذ لا دليل على الحظر، والأصل في العقود والمعاملات في الدنيا الإباحة مالم يقم دليل شرعي مانع.

تطبيقات القواعد الفقهية على خيارات العقود :

١ - قاعدة : (إسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال)

أ - لو باع بشرط الخيار لنفسه ، فهل يسقط خياره أم لا ؟ والأصح أنه يسقط ، لأن البيع بشرط الخيار لايكون أدنى من العرض على البيع بل فوقه ، ثم العرض على البيع يسقط الخيار فهذا أولى .

والأصل أن مايبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية ، إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط . وخيار الرؤية لايسقط بصريح الإسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها، لأن أوان ثبوت الخيار هو أوان الرؤية فقبل الرؤية لا خيار ، وإسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال . (١)

ب - عرض رجل بيع سيارة بخمسة آلاف ريال على رجل آخر فقبل الرجل ، ثم حاول البائع التنصل من البيع بعد أن ذهب المشتري لإحضار الثمن بادعاء خيار البيع ، فالقول قول المشتري لأن العرض للبيع يسقط الخيار .

٢- قاعدة : (إقرار المقر يلزمه دون غيره) :

أ - لو رد المبيع على الوكيل فهل له أن يرده على موكله ؟ ولهذا ثلاثة أوجه :

- إما أن يرده عليه ببينة قامت على العيب ، وإما أن يرده عليه بنكوله ، وإما أن يرده عليه بإقراره بالعيب .

فإن رده عليه بإقراره بالعيب ، ينظر إن كان عيباً لا يحدث مثله يرد على الموكل لأنه علم بثبوته عند البيع بيقين ، وأما إن كان عيباً يحدث مثله لا يرد على الموكل حتى يقيم البينة ، فإن كان رد عليه بقضاء القاضي بإقراره لا يرد لأن إقرار المقر يلزمه دون غيره . (٢)

ب - ادعى رجل أنه وشخص آخر اشتريا بضاعة من شخص ثالث ، فلا يعتبر إقرار المقر دليلاً على الآخر إذا أنكر ، بل إن إقراره يلزمه دون غيره .

---

(١) بدائع الصنائع - الكاساني الجزء الخامس - كتاب البيوع - (خيار الرؤية)

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني - نفس الجزء - كتاب البيوع - فصل في بيان مايرفع حكم البيع

٣- قاعدة : (الغرم بالغنم) أو : (الخراج بالضمان) :

أ - ملك المبيع زمن الخيار وضمانه ، هل هو للبائع أم للمشتري ؟

قيل إن الملك للبائع والضمان منه ، وقيل : إن الملك للمشتري .

فثمرة الخلاف إنما هي في الغلة الحاصلة في مدة الخيار وما ألحق بها ، فهي للبائع على الأول وللمشتري على الثاني . إلا أن كون الغلة للمشتري على القول الثاني مخالف لقاعدة : [الخراج بالضمان] و : [من له الغنم عليه الغُرم] فإن الغنم هنا للمشتري والغرم الذي هو الضمان على البائع . (١)

ب - فتح رجل خطاب اعتماد مستندي لتوريد بضاعة لصالحه على أمل أن يتوفر لديه المال عند وصول البضاعة من الخارج ، ولم يتوفر له الثمن ، فاضطر البنك إلى بيع البضاعة وحققت أرباحاً لأنه الضامن ، فالربح للبنك وليس لفاتح الاعتماد لأن الخراج بالضمان ، والبنك هو المسدد .

ج - وضع رجل ماله في حساب جار لا يتقاضى عليه فوائد ، واستخدم البنك هذا المال وحقق أرباحاً ، فالربح للبنك لأنه ضامن رد المبلغ عند طلبه ، والخراج بالضمان .

٤- قاعدة : (المعروف كالمشروط)

أ - اشترى رجل من آخر بقرةً فوجدها لا تحلب ومثلها يشترى للحلب فهل له الردُّ؟

(الجواب) : نعم فلو اشترى بقرةً للحلب فوجدها لا تحلب فله أن يردها وعلى العكس إن اشتراها للحم وهذا فيما إذا لم تحلب أما إذا حلبت وخرج شيء قليل من اللبن متقوم فليس له الرد لوجود الزيادة المنفصلة من الأصل .

وفي الفتاوى : اشترى بقرةً فوجدها لا تحلب إن كان مثلها يشترى للحلب فله الرد ، لأن [المعروف كالمشروط] وإن كان يشترى للحم لاترد . (٢)

ب - اشترى رجل طاقة قماش ، ومن المعروف أنها (٧٦) متراً فوجدها (٧٥) متراً فأعادها استناداً إلى أن العرف جرى أن الطاقة (٧٦) متراً ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير - الجزء الثالث - فصل (الضمان في مبيع البيع الفاسد) .

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية - ابن عابدين - الجزء الأول - باب الخيارات .

٥- قاعدة : (اليقين لا يزول بالشك)

لو اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب فكان بخلافه أخذ بكل الثمن أو تركه .

فإن وقع الخلاف بين البائع والمشتري في هذه الصورة بعدما مضى حين من وقت البيع ، فقال المشتري : لم أجده كاتباً ، وقال البائع : إني سلمته إليك كذلك ولكن نسي عندك ، وقد ينسى ذلك في تلك المدة فالقول للمشتري لأن الاختلاف وقع في وصف عارض ، إذ الأصل عدم الكتابة والخبز ، والأصل أن القول قول من يدعي الأصل ، وأن العدم أصل في الصفات العارضة ، والوجود أصل في الصفات الأصلية ، فالقول للمشتري في عدم الخبز والكتابة لأنهما من الصفات العارضة [واليقين لايزول بالشك]. (١)

٦- قاعدة : (إذا زال المانع مع وجود المقتضي عاد الحكم)

أ - الفقهاء عدا الحنفية لايفرقون في الجملة بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، فالحكم عند الشافعية والحنابلة : (أن العقد لاينقلب صحيحاً برفع المفسد) ففي كتب الشافعية : لو حذف العاقدان المفسد للعقد - ولو في مجلس الخيار - لم ينقلب العقد صحيحاً، إذ لا عبرة بالفاسد

وعند المالكية يصح العقد إذا حذف الشرط المفسد للعقد ، سواء أكان شرطاً ينافي مقتضى العقد ، أم كان شرطاً يخل بالثمن في المبيع .

ويفرق الحنفية بين العقد الباطل والعقد الفاسد فيصح عندهم - خلافاً لزفر - تصحيح العقد الفاسد ، بارتفاع المفسد دون الباطل ، ويقولون في عقد البيع : إن ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحاً ، لأن البيع قائم مع الفساد ، ومع البطلان لم يكن قائماً بصفة البطلان ، بل كان معدوماً . (٢)

ب - فتح رجل اعتماداً مستندياً لاستيراد بضاعة على أمل أن يتوفر لديه مال عند وصول البضاعة ، وعندما وصلت البضاعة لم يكن لديه مال ، فتفاوض مع البنك على أن يدخلا في مضاربة ويكون نصيب المضارب ٤٠% من الأرباح ونصيب البنك بصفته مالك البضاعة لدفعه ثمنها ٦٠% فالعقد صحيح لأن زوال أخذ الفائدة وهو المانع مع وجود المقتضى أعاد الحكم لحله .

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق –ابن نجيم - الجزء السادس - باب خيار الشرط .

(٢) الموسوعة الفقهية - [تصحيح] .

٧- قاعدة : (ضم الفاسد إلى غيره يقتضي فساد الكل)

أ - ولو شرط (في شراء جارية) البراءة عما يحدث منها قبل القبض ولو مع الموجود منها لم يصح الشرط ، لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته فلا يبرأ من ذلك ، وقد قيل : [ضم الفاسد إلى غيره يقتضي فساد الكل في الأغلب] (١)

ب - اشترى رجل أسهماً مؤجلة بثمن يدفعه بسعر السهم بعد أربعة شهور ، فضم الفاسد وهو تأجيل العوضين إلى بعضه فاقتضى فساد الكل .

٨- قاعدة : (خيار الرؤية يمنع تمام الملك وخيار العيب يمنع لزوم الملك بعد التمام)

(إذا اطلع المشتري على عيبٍ في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده) يعني عيباً كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك يكون رضاً به ، ثم ينظر إن كان قبل القبض فللمشتري أن يرده عليه وينفسخ البيع بقوله رددت ولا يحتاج إلى رضا البائع ولا إلى قضاء القاضي ، وإن كان بعد القبض لا ينفسخ إلا برضا ، أو قضاء [لأن خيار الرؤية يمنع تمام الملك وخيار العيب يمنع لزوم الملك بعد التمام وخيار العيب يثبت من غير شرطٍ] (٢)

٩- قاعدة : (حيث كان العيب يثبت الرد)

أ - (ولو اختلفا في قدم العيب) واحتمل صدق كلٍ (صدق البائع) في دعواه (بيمينه) لأن الأصل لزوم العقد . إلا أن البائع يدعى أسبقية العقد والمشتري يدعي تأخره عنه فلو ادعى البائع في هذه الصورة حدوثه في يد المشتري فمقتضى ما تقدم أنه المصدق وقد أخذ مما تقرر قاعدة وهي أنه [حيث كان العيب يثبت الرد] فالمصدق البائع وحيث كان يبطله فالمصدق المشتري . (٣)

ب- اشترى رجل سيارة على أنها دفع خلفي ثم بعد استلامها ثبت له أنها دفع أمامي فللمشتري أن يعيدها حال ظهور العيب وفقاً لقاعدة حيث كان العيب يثبت الرد .

---

(١) حاشية البجيرمي على المنهج - كتاب البيع - باب الخيار

(٢) الجوهرة النيرة - العبادي - الجزء الأول - باب خيار العيب .

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج - ابن حجر الهيتمي - كتاب البيع - باب الخيار .

١٠- قاعدة : (خيار الشرط يثبت باشتراط العاقدين)

أ - عن ابن عمر قال : (ذُكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال له من بايعت فقل له لا خلابة) ورواه البيهقي بإسناد حسن بلفظ (إذا بايعت فقل : لا خلابة ، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليالٍ) . ومعنى لا خلابة اشتراط الخيار ثلاثة أيام فإن لم يعلمه العاقدان أو أحدهما لم يثبت الخيار والذي في الخبر اشتراطه من المشتري وقيس به البائع ويصدق ذلك باشتراطهما معاً وخرج بالثلاثة ما فوقها وشرط الخيار مطلقاً فلو شرط الخيار مطلقاً أو قدراه بمدةٍ مجهولةٍ كبعض يومٍ أو إلى أن يجيء زيد أو شرطاه في أحد المبيعين مبهماً بطل العقد ، ولو قالا إلى يومٍ أو إلى ساعةٍ صح ويحمل على يوم العقد فإن عقد نصف النهار فإلى مثله وتدخل الليلة للضرورة [وخيار الشرط يثبت باشتراط العاقدين] . (١)

ب - اشترط رجل عند شرائه لتلفاز الخيار لثلاث ليال ، إن سدد خلالها الثمن تم البيع ، وإن لم يتمكن من السداد إلا بعد أسبوع فللبائع أن ينقض البيع للصفقة لتجاوز المهلة المعطاة .

١١- قاعدة : (خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع)

أ - إن خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع ، أو وقت القبض أو الرضا به بعدهما أو اشتراط البراءة من كل عيب ، أو الصلح على شيء أو الإقرار بأن لا عيب به إذا عينه كقوله ليس بآبق فإنه إقرار بانتفاء الإباق ، بخلاف قوله ليس به عيب . (٢)

ب - اشترى رجل داراً واشترط براءتها من جميع الحقوق والالتزامات ثم ثبت له أن على الدار التزامات لشركة الكهرباء والماء وغيرها تساوي (١٠٠ ألف ريال) فله ردها على البائع بثمنها أو يدفع البائع هذه الالتزامات .

---

(١) شرح البهجة - الشيخ زكريا الأنصاري - الجزء الثاني - باب الربا .

(٢) رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - الجزء الخامس - كتاب البيوع - باب خيار العيب .

١٢ - قاعدة : (خيار العيب والرؤية لايثبت لغير العاقدين)

أ - ولو شرط المشتري أو البائع الخيار لغيره عاقداً كان أو غيره استحساناً وثبت الخيار لهما . فإن أجاز أحدهما من النائب والمستنيب أو نقض صح إن وافقه الآخر . وإن أجاز أحدهما وعكس الآخر فالأسبق أولى لعدم المزاحم . ولو كانا معاً فالفسخ أحق [لأن خيار العيب والرؤية لايثبت لغير العاقدين] . (١)

ب - وكل رجل آخر في شراء سيارة ، وشرط أن يكون لونها أزرق فاتحاً ، وعندما رآها الموكل وجد أن لونها داكن ، فإن أجاز المشتري الأصلي اللون تمت الصفقة، لأن خيار الرؤية لايثبت لغير العاقدين .

* * *

(١) رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - الجزء الرابع - كتاب البيوع - باب خيار الشرط .

الفصل الثالث

البيـع

سبب إيراد هذا الفصل :

إن البيع والشراء أهم مجالات التعامل ، وفيها شروط كثيرة بعضها يتعلق بالبيع وبعـضها يترتب عليه بطلان البيع وبعضها يترتب عليه فساده ، وبعضها يتعلق بمحل البيع .

وقد تجاوز الفكر الغربي الحدود في بيع أشياء لا محل لها ، وتجاوز في الأثمان فبعـضها يكتنفه الجهالة والغرر ، بل وصل إلى بيع المحرمات كبيع الدين بالدين وبيـع الـسندات وتركيب العقود بعضها على بعض رغم ما فيها من تضاد فكان لزاماً على المتعامـل فـي أسواق المسلمين أن يحيط بأحكام البيع الصحيحة التي استقر عليها رأي الفقهاء .

وقد مهدت بهذا الفصل للبيوع المستحدثة حتى تسهل مقارنتها بالبيوع القديمة ومعرفـة مدى قربها من بعدها ، فيضاف الشبيه إلى شبيهه في الحل والحرمة .

تعريف البيع (١) :

البيع لغـة : مطلق المبادلة ، وكذلك الشراء سواء كانت في مال أو غيره قال تعالى: {إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم} [التوبـة ١١١] والبيع والشراء من الأضداد فيقال : بعت الشيء : شريته ، والابتياع : الاشتراء. (٢)

والبيع اصطلاحاً : مبادلة مال بمال بقصد الاكتساب، أو هو عقد معاوضة مالية تفيد ملـك العين والمنفعة على التأبيد لا على وجه القربة .

وعرفه الحنفية : مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكاً وتملكاً . (٣)

مشروعيته : وهو عقد مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

دليله من الكتاب: يقول تعالى {وأحل الله البيع وحرم الربا} [البقرة ٢٧٥] ويقول تعـالى : {لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم} [النساء ٢٩].

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية - دله البركة.

(٢) "لسان العرب" لابن منظور (بيع).

(٣) "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٣/٢).

ومن السنة : قوله ﷺ عندما سئل : أي الكسب أطيب ؟ فقال : "عمل الرجل من يده وكل بيع مبرور". (١) كما أنه ﷺ بعث والناس يتبايعون فأقرهم على ذلك بل وتعامل به.

وقد انعقد الإجماع على جوازه والحكمة تقتضيه- أي المعقول- لأن الحاجة ماسة إلى شرعيته، إذ الناس محتاجون إلى الأعواض والسلع والطعام والشراب الذي في أيدي بعضهم ولا طريق لهم إلا بالبيع والشراء. فإن ما جبلت عليه الطباع من الشح والضنة وحب المال يمنعهم من إخراجه بغير عوض، فاحتاجوا إلى المعاوضة فوجب أن يشرع دفعاً لحاجته. (٢)

الحكم التكليفي للبيع:

يبقى البيع على الإباحة الأصلية الثابتة بالإذن الشرعي ما لم يعتريه مانع. وقد يعتريه بحسب الأحوال الأحكام التكليفية الأخرى من الحظر، أو الكراهة، أو الوجوب، أو الندب.

فالحكم الأصلي الإباحة لأن في تجويزه دفعاً لحاجة الناس وتحقيق أغراضهم، ولكن قد تعتريه أحكام أخرى. فيصبح محظوراً إذا اشتمل على ما هو ممنوع بالنص لأمر في الصيغة أو العاقدين أو المعقود عليه، فيحرم الإقدام على مثل هذا البيع.

وقد يكون الحكم الكراهة إذا وقع فيما نهي عنه نهياً غير جازم.
ويصبح البيع واجباً في حال الاضطرار إلى الحصول على الطعام أو الشراب لحفظ النفس.

وقد يكون البيع مندوباً كما لو حلف على غيره أن يبيعه سلعة لا ضرر عليه من بيعها، فتندب إجابته لأن إبرار المقسم عليه فيما ليس فيه ضرر مندوب إليه.

معنى البيع :

البيع قانوناً عبارة عن: عقد يلتزم به البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً مقابل ثمن نقدي.

---

(١) الحاكم في المستدرك (١٢/٢ رقم ٢١٥٨)، والبيهقي (٢٦٣/٥)، وأحمد (٤٦٦/٣).

(٢) "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٣/١)، "المغني" لابن قدامة (٣/٤).

أما البيع فقهاً فهو : الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما في التعاطي ويجب أن يتوافر في عقد البيع أربعة أنواع من الشروط هي شروط انعقاد، وشروط صحة، وشروط نفاذ، وشروط لزوم.

والغرض من وجود هذه الشروط منع وقوع المنازعات بين الناس وحماية مصالح العاقدين ونفي الضرر والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة.

أولاً : شروط الانعقاد :

وهي ما يشترط تحققه لاعتبار العقد منعقداً شرعاً ، فإذا اختل شرط الانعقاد كان العقد باطلاً . وشروط الانعقاد أربعة شروط هي شروط في العاقد وفي نفس العقد وفي مكان العقد وفي المعقود عليه (١).

أما ما يشترط في العاقد فهما شرطان:

١- أن يكون العاقد عاقلاً فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير العاقل.

[فائدة] لا يشترط البلوغ لصحة عقد الصبي عند الحنفية، فيصح تصرف المميز البالغ من العمر سبع سنوات، ذلك أن تصرفات الصبي المميز العاقل تنقسم عند الأحناف إلى ثلاثة أقسام.

أ - التصرفات النافعة نفعا محضا: كالاحتطاب، والاصطياد، وقبول الهبة والصدقة، والوصية وحكمها: أنها تصح من الصبي العاقل دون التوقف على الإذن أو الإجازة من وليه.

ب - التصرفات الضارة ضرراً محضاً: كالطلاق، والهبة، والصدقة، والإقراض، والكفالة بالدين، أو النفس فهذه لا تصح من الصبي العاقل ولا تنفذ لو أجازها وليه

ج - التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع: كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والزواج، والشركة- فهذه التصرفات تصح من الصبي المميز لكنها تكون موقوفة على إذن الولي . (٢)

---

(١) "حاشية ابن عابدين" (٥٣٨/٤).

(٢) انظر الفقه الاسلامي وأدلته للزحيلي (٣٣١٧/٥-٣٣١٨) .

٢- أن يكون العاقد متعدداً فلا ينعقد البيع بواسطة وكيـل عـن الجـانبين. إلا فـي الأب ووصيه والقاضي، والرسول من الجانبين.

وأما ما يشترط في نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب فلو قبل أحدهما بغيـر ما أوجبه الآخر أو بعضه لم ينعقد. كأن يقول البائع بعتك هذه البضاعة بمئة ريال فيقـول المشتري قبلت نصفها بخمسين ريالاً لم ينعقد.

وأما ما يشترط في مكان العقد فهو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول . ومجلس البيـع هـو الاجتماع الواقع لعقد البيع (١).

وهناك شروط للإيجاب والقبول نوضحها بالشروط الثلاثة الآتية (٢):

١- الأهلية : فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير المميز.
٢- موافقة القبول للإيجاب.
٣- أن يتحد مجلس العقد وذلك بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد بحيث يكـون الطرفان حاضرين معاً .

وأما ما يشترط في المعقود عليه (أي المبيع) فهي ثلاثة شروط هي:

١- أن يكون المبيع موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم قبل وجوده وماله خطر العدم مثل بيع الثمار قبل انعقادها على الشجر وبيع اللبن في الضرع.
٢- أن يكون مملوكاً في نفسه أي يدخل تحت حيازة مالك خاص. فلا ينعقد بيع الماء في نهر أو بئر دون أن تسبق عليه يد الحيازة ومثله الكلأ والصيد.. إلخ.
٣- أن يكون مقدور التسليم عند العقد، فلا ينعقد بيع معجوز التسليم وإن كـان مملوكـاً للبائع. ولا بيع المعدوم، وماله خطر العدم - أي احتمالى الوجود والعـدم كالحمـل واللبن في الضرع.

١- مجلة الأحكام العدلية م ١٨١.

٢- "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٣٢٢/٥-٣٣٢٧).

ثانياً : شروط النفاذ (١) :

لنفاذ العقد شرطان هما:

١- الملك أو الولاية، والملك: حيازة الشيء متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه.
أما الولاية فهي سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ، وهي إما أهلية كأن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه، أو نيابية كأن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية. سواء كانت الإنابة شرعية كولاية الأب ثم وصيه، ثم الجد ثم وصيه. أو كانت بإنابة المالك: كالوكالة

٢- أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع: فإن كان في المبيع حق لغير البائع كان البيع موقوفاً غير نافذ، وبذلك لا ينفذ بيع الراهن المرهون، ولا بيع المؤجر المؤجر وإنما يكون البيع موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر وليس فاسداً

ثالثاً شروط صحة البيع (٢) :

يشترط لصحة البيع قسمان من الشروط عامة وخاصة.

فالشروط العامة: هي التي يجب أن تتوافر في كل أنواع البيع لتعتبر صحيحة وهي إجمالاً أن يخلو عقد البيع من العيوب الستة الآتية وهي الجهالة والإكراه والتوقيت والغرر والضرر والشروط المفسدة. ويضاف إليها جميعاً معلومية المبيع، والثمن بما يرفع المنازعة وكذلك شروط الانعقاد السابقة لأن ما لا ينعقد لا يصح.

أما الشروط الخاصة: فهي التي تخص بعض أنواع البيوع دون البعض الآخر وهي:

١- القبض في بيع المنقولات: وهي أنه إذا أراد أحد أن يبيع بعض المنقولات التي اشتراها فيشترط أن يكون قد قبضها من بائعها الأول لكي يبيعها.
٢- معرفة الثمن الأول: إذا كان البيع مرابحة أو تولية أو وضيعة أو إشراكاً .
٣- التقابض قبل الافتراق إذا كان البيع صرفاً .
٤- توافر شروط السلم إذا كان البيع سلماً .
٥- المماثلة في البدلين إذا كان المال ربوياً ، والخلو عن شبهة الربا.
٦- القبض في الديون الثابتة في الذمة.
٧- أن يكون الأجل معلوماً إذا كان الثمن مؤجلاً.

---

(١) "حاشية ابن عابدين" (٥٣٨/٥)، "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٣٣٦/٥) وما بعدها .

(٢) انظر "حاشية ابن عابدين" (٥٣٨/٥-٥٣٩) .

رابعاً : شروط لزوم البيع :

يشترط للزوم البيع خلوه عن أحد الخيارات التي تسمح لأحد العاقدين بفسخ العقـد، مثـل خيـار الشرط، أو الوصف، أو المجلس، أو التعيين، أو الرؤية. أو العيب، أو الغبن مع التغرير. فإذا وجد في البيع شيء من هذه الخيارات حق لمن له الخيار أن يفسخ البيع أو يقبله (١).

أركان البيع (٢) :

الصيغة : وهي الإيجاب والقبول ويصلح لهما كل قول يدل على الرضا مثل

قول البائع: بعتك أو أعطيتك، أو ملكتك بكذا.

وقول المشتري: اشتريت أو تملكت أو ابتعت أو قبلت، وشبه ذلك.

صفات العاقدين :

لما كانت عقود المالية كالبيع والسلم والاستصناع والصرف تنشأ بين متعاقدين بإرادتهما، اشترط الفقهاء في كل واحد من العاقدين أن يكون أهلاً لصدور العقد عنه، وأن يكون له ولاية إذا كـان يعقد لغيره.

وبما أن البيع هو عقد معاوضة مالية ينشأ بين طرفين متعاقدين بإرادتهما الحرة، فلا بد لانعقـاد البيع ونفاذه أن يكون عاقداه من أهل العبارة المعتبرة في إنشاء العقود والالتزام بآثارها ويتحقق ذلك بتوافر شرطين فيهما:

الأول : أن يكونا أهلاً للمعاملة والتصرف، أي أن يكون عندهما أهلية الأداء التـي يقـصد بهـا صلاحية الشخص لصدور الأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً . أي أن يكون كل واحـد من المتعاقدين مدركاً لما يقول ويعيه حقاً . وتتحقق هذه الأهلية عند جمهور الفقهاء فـي الإنسان المميز العاقل الرشيد غير المحجور عليه بأي سبب من أسباب الحجر، ولم يكتف الشافعية (٣) بالتمييز بل اشترطوا البلوغ فلا ينعقد عندهم بيع الصبي لعدم أهليته.

الثاني: أن يكون لهما ولاية على العقد أي أن يكون للعاقد سلطة تمكنه مـن تنفيـذ العقـد وترتيب آثاره عليه، ويكون ذلك إما بتصرف العاقد أصالة عن نفسه، وإما أن يكون مخولاً في ذلك بأحد طريقين :

---

(١) انظر "حاشية ابن عابدين" (٥٣٩/٥).

(٢) انظر الموسوعة الفقهية - دلـة البركة، "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٤/٢)، "فـتح القـدير" لابـن الهمـام (٤٥٧/٥)

(٣) مغني المحتاج" للشربيني (٧/٢).

أ - النيابة الاختيارية التي تثبت بالوكالة. ولا بد أن يكون كل من الوكيل والموكل أهلا لإنشاء عقود المعاوضات المالية.

ب- النيابة الإجبارية التي تثبت بتولية الشارع، وتكون لمن يلي مـال المحجـور عليهم من الأولياء والأوصياء الذين جعلت لهم سلطة شرعية علـى إبـرام العقود وإنشاء التصرفات المالية لمصلحة من يلونهم.

شروط المبيع (١):

١- يشترط في المبيع أن يكون طاهراً :

يشترط في المبيع أن يكون مالاً طاهر العين. وعبر المالكية والـشافعية عـن هـذا الشرط بالنفع والانتفاع (٢).

ثم قالوا : أن ما لا نفع فيه ليس بمال فلا يقابل به. أي لا تجوز المبادلة بـه، وهـو شرط انعقاد عند الحنفية.

والمال ما يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل، فما ليس بمال ليس محـلاً للمبادلـة بعوض، والعبرة بالمالية في نظر الشرع، فالميتة والدم المسفوح ليس بمال.

واشتراط طهارة العين لحديث جابر أنه سمع رسول ا ﷺ يقول: "إن ا حرم بيـع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل: يا رسول ا ، أرأيت شحوم الميتـة، فإنـه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال: هو حرام" (٣).

٢- أن يكون المبيع مملوكاً لمن يلي العقد:

بأن يكون المبيع مملوكاً لمن يلي العقد أو مأذوناً ببيعه من جهة المالك، فـلا يـصح بيع الإنسان لما لا يملك.

٣- أن يكون المبيع معلوماً:

يجب أن يكون المبيع معلوماً، وأن يكون معيناً.

فإن كان مجهولاً ، فإن البيع لا يصح لما فيه من غرر.

ولا بد من معرفة المبيع بأن يكون معلوماً بالنـسبة للمـشتري بـالجنس والنـوع والمقدار.

(١) انظر الموسوعة الفقهية دلة البركة.

(٢) "الشرح الكبير" للدردير (٣/١٠ مع الدسوقي)، "حاشية الخرشي على مختصر خليل" (١٥/٥).

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٣٦)، ومسلم (١٥٨١).

فالجنس كالقمح مثلاً ، والنوع كأن يكون من إنتاج بلد معروف، والمقدار بالكيل أو الوزن أو نحوهما، فيصير المبيع معلوماً ببيان أحواله وصفاته التـي تميـزه عـن غيره.

ومما يتصل بتعيين المبيع : بيع شيء واحد من عدة أشياء على أن يكـون للمـشتري خيار التعيين، أي تعيين ما يشتريه منها، ويمكنه بذلك أن يختار ما هو أنسب له منهـا، وهذا عند من يقول بخيار التعيين.

وذهب الحنفية إلى أن بيع واحد من اثنين أو ثلاثة صحيح استحساناً، لمساس الحاجـة إليه وجريان العرف به، دون أن يؤدي إلى منازعة (١).

وإذا اقترن عقد البيع بخيار التعيين هذا لم يكن صحيحاً إلا بتوافر الشروط التالية:

أ - أن يكون المبيع واحداً من ثلاثة أو اثنين كأن يشتري شخص ثوباً من هذه الأثـواب الثلاثة على أن يكون له اختيار أحدها ، فإذا اشترى ثوباً من أربعة على أن يكـون له اختيار أحدها كان العقد فاسداً للجهالة .

ب- أن تتفاوت هذه الأعيان الثلاثة التي سيكون منها الاختيار في أوصافها، وأن يبـين ثمن كل عين منها، حتى يكون للتخيير بينها فائدة.

ج - أن يوقت هذا الخيار بمدة معلومة، وألا تتجاوز هذه المدة ثلاثة أيام عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، وذلك لشبهه بخيار الشرط عندهم.

د - أن يشترط معه خيار الشرط، مثال ذلك أن يقول البائع مثلاً : بعتـك أحـد هـذين الثوبين على أن تختار أيهما شئت وعلى أنك بالخيار ثلاثة أيام، وثمن هذا الثـوب كذا وثمن الثوب الآخر كذا.

٤- أن يكون المبيع موجوداً :

يشترط أن يكون المبيع موجوداً حين العقد مقدوراً على تسليمه شرعاً وحساً. فـلا يصح بيع المعدوم كأن يبيع الثمرة قبل أن تخلق (٢).

(١) "حاشية ابن عابدين" (٦٢٤/٤).
(٢) "الخيار وأثره في العقود" لأبي غدة ص ٥٨٨- ٥٩٠، "العناية شرح الهداية" للبابرتي (١٣١/٥ مع فـتح القدير) ، "فتح القدير" لابن الهمام (١٣٠/٥) "المبسوط" للسرخسي (٥٥/١٣).

أقسام البيع :

أ - تقسيم البيع باعتبار المبيع :

ينقسم البيع باعتبار موضوع المبادلة فيه إلى أربعة أنواع :
البيع المطلق، السلم، الصرف، المقايضة.

١- البيع المطلق:

البيع المطلق هو مبادلة العين بالنقد وهو أشهر الأنواع، ويتيح للإنـسان المبادلـة بنقوده على كل ما يحتاج إليه من الأعيان ، وينصرف إليه البيع عند الإطـلاق فـلا يحتاج كغيره إلى تقييد.

٢- بيع السلم :

ويسمى السلف هو مبادلة الدين بالعين، أو بيع شيء مؤجل بثمن معجل .

٣- بيع الصرف:

وهو : بيع جنس الأثمان بعضه ببعض. وعرف بأنه بيع النقد بالنقد جنساً بجـنس أو بغير جنس . أي بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة وكذلك بيع أحدهما بالآخر (١).
وإنما سمي صرفاً : لوجوب دفع ما في يد كل واحد من المتعاقدين إلى صاحبه في المجلس.

وشروطه أربعة:

أ - التقابض قبل الافتراق بالأبدان بين المتعاقدين منعاً من الوقوع في ربـا النـسيئة لقوله ﷺ "الذهب بالذهب مثلاً بمثل يداً بيد والفضة بالفضة مثلاً بمثل يداً بيد " (٢)

ب- التماثل عند اتحاد الجنس : إذا بيع الجنس بالجنس كفضة بفضة، أو ذهب بـذهب فلا بد فيه من التماثل أي التساوي في الوزن والمقدار دون النظر إلى الجودة والصياغة

ج - أن يكون العقد باتاً وألا يكون فيه خيار الشرط لأن القبض في هذا العقـد شـرط وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه كما عرفنا.

د - التنجيز في العقد وألا يكون فيه أجل، لأن قبض البدلين مـستحق قبـل الافتـراق والأجل يؤخر القبض (٣).

فإذا اختل شرط من هذه الشروط فسد الصرف.

---

(١) "الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود (٣٩/٢)، "الشرح الكبير للدردير" (٢/٣ مع حاشية الدسوقي).

(٢) رواه الجماعة إلا البخاري من حديث عباده بن الصامت.

(٣) "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٦٦٠/٥-٣٦٦٢).

٤ - بيع المقايضة:

وهو مبادلة مال بمال سوى النقدين ويشترط لصحته التساوي في التقابض إن اتفقا جنساً وقدراً فيجوز بيع لحم بشاة حية لأنه بيع موزون بما ليس بموزون، وخبز بدقيق متفضلاً لأنه بيع مكيل بموزون.

ولا يجوز بيع التين الرطب بالتين اليابس إلا متماثلاً .

ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق أو البرغل مطلقاً ولو متساويين لانكباس الأخيرين في المكيال أكثر من الأول (١)

أما إذا بيع موزوناً فالتماثل واجب .

ب - تقسيم البيع باعتبار طريقة تحديد الثمن:

ينقسم البيع باعتبار طريقة تحديد الثمن إلى ثلاثة أنواع:

هي المساومة، والمزايدة، والأمانة.

١ - بيع المساومة:

بيع المساومة هو البيع الذي لا يظهر فيه رأس ماله أي البيع بدون ذكر ثمنه الأول.

٢- بيع المزايدة:

بيع المزايدة هو أن يعرض البائع سلعته في السوق ويتزايد المشترون فيها، فتباع لمن يدفع الثمن أكثر.

ويقارب المزايدة الشراء بالمناقصة، وهي أن يعرض المشتري شراء سلعة موصوفة بأوصاف معينة، فيتنافس الباعة في عرض البيع بثمن أقل، ويرسو البيع على من رضي بأقل سعر، ولم يتحدث الفقهاء قديماً عن مثل هذا البيع ولكنه يسري عليه ما يسري على المزايدة مع مراعاة التقابل.

٣- بيوع الأمانة (٢):

بيوع الأمانة هي التي يحدد فيها الثمن بمثل رأس المال أو أزيد أو أنقص. وسميت بيوع الأمانة لأنه يؤمن فيها البائع في إخباره برأس المال، وهي ثلاثة أنواع:

أ - بيع المرابحة:

وهو بيع السلعة بمثل الثمن الأول الذي اشتراها البائع مع زيادة ربح معلوم متفق عليه.

---

(١) "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٨/٢).

(٢) "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٢٨/٢)، "اللباب في شرح الكتاب" للغنيمي (٢٠٢/١)

ب - بيع التولية :

وهو بيع السلعة بمثل ثمنها الأول الذي اشتراها البائع به من غير نقص ولا زيادة.

ج - بيع الوضيعة:

وهو بيع السلعة بمثل ثمنها الأول الذي اشتراها البائع به مع وضـع (حـط) مبلغ معلوم من الثمن، أي بخسارة محددة.

هذا وفي حالة كون البيع يتم لجزء من المبيع، فإنه يسمى بيع (الإشـراك). وهو لا يخرج عن الأنواع المتقدمة المذكورة من البيوع.

ج - تقسيم البيع باعتبار طريقة تسليم الثمن :

١- بيع منجز الثمن : وهو ما يشترط فيه تعجيل الثمن، ويسمي بيـع النقـد، أو البيع بالثمن الحال.

٢- بيع مؤجل الثمن : وهو ما يشترط فيه تأجيل الثمن.

٣- بيع مؤجل المثمن : وهو مثل بيع السلم وبيع الاستصناع.

٤- بيع مؤجل العوضين : أي بيع الدين بالدين وهو ممنوع في الجملة.

د - تقسيم البيع باعتبار الحكم الشرعي :

ينقسم البيع باعتبار الحكم الشرعي إلى أنواع كثيرة، منها:

١- البيع المنعقد ويقابله البيع الباطل.

٢- البيع الصحيح ويقابله البيع الفاسد.

٣- البيع النافذ ويقابله البيع الموقوف.

٤- البيع اللازم ويقابله البيع غير اللازم (ويسمى الجائز أو المخير).

فالبيع اللازم :

هو البيع الذي يقع باتاً إذا عري عن الخيارات، كبعتك هذا الثوب بعشرة قروش وقبـل المشتري .

والبيع غير اللازم:

وهو ما كان فيه إحدى الخيارات، كبعتك هذا الثوب بعشرة قروش. فقال المشتري: قبلت على أني بالخيار ثلاثة أيام.

والبيع الموقوف:

ما تعلق به حق الغير كبيع إنسان مال غيره بغير إذنه.

أما البيع الصحيح النافذ اللازم:

فهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه، وحكمه أنـه يثبت أثره في الحال.

أما البيع الباطل:

فهو ما اختل ركنه أو محله أو لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه، وحكمه أنه لا يعتبر منعقداً فعلاً (١).

والبيع الفاسد :

هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، كمن عرض له أمر أو وصف غير مشروع مثل بيع المجهول جهالة تؤدي للنزاع كبيع دار من الدور أو سيارة من السيارات المملوكـة لشخص دون تعيين، وكإبرام صفقتين في صفقة، وحكمه أنه يثبت فيه الملـك بـالقبض بإذن المالك صراحة أو دلالة (٢).

الضابط الذي يميز الفاسد عن الباطل:

- إذا كان الفساد يرجع للمبيع فالبيع باطل.
- أما إذا كان الفساد يرجع للثمن فإن البيع يكون فاسداً أي أنه ينعقد بقيمة المبيع

(١) "حاشية ابن عابدين " (٦٢/٥)، "اللباب في شرح الكتاب" للغنيمي (١٩٤/١).

(٢) "حاشية ابن عابدين " (٦٣/٥) .

أنواع البيع الباطل :

وهي ستة أنواع كالآتي:

١- بيع المعدوم.
٢- بيع معجوز التسليم.
٣- بيع الغرر.
٤- بيع النجس والمتنجس.
٥- بيع العربون.
٦- بيع الماء.

وفيما يلي إيجاز لكل نوع من تلك الأنواع:

١- بيع المعدوم:

اتفق أئمة المذاهب على أنه لا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم. كأن يقول: بعت ولد ولد هذه الناقة، أو بيع الثمر والزرع قبل ظهوره. ومن الملحق بالمعدوم: بيع لؤلؤ في صدف وبيع اللبن في الضرع، وبيع الصوف على ظهر الغنم، ومثاله بيع الكتاب قبل طبعه.

هذا وإن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع نظراً لمساس الحاجة إليه، فأجاز بيع السلم والاستصناع، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه . ومعلوم أن العقد إنما يرد على الموجود. والمعدوم الذي لم يخلق بعد، وعلى هذا فالبيع المعدوم إذا كان مجهول الوجود في المستقبل باطل للغرر لا للعدم، فالأصل إذاً هو الغرر، وهذا أمر هام فالنهي هنا هو عن التغرير أي قصد إخفاء معلومة تؤثر على قرار الطرف الثاني .

٢- بيع معجوز التسليم:

لا ينعقد بيع معجوز التسليم عند العقد ولو كان مملوكاً ، كالطير الذي طار من يد صاحبه، واللقطة أو السمك في الماء أو الجمل الشارد، أو المال المغصوب من يد الغاصب، أو بيع الدار أو الأرض تحت يد العدو (١).

- ويدخل تحت بيع معجوز التسليم بيع الدين، وبيع الدين إما أن يكون لمن في ذمته الدين أو لشخص آخر ليس عليه الدين، وفي كلا الحالتين إما أن يباع الدين نسيئة أو مؤجلاً أو أن يباع نقداً في الحال.

---

(١) انظر "حاشية ابن عابدين " (٥٣٨/٤)، "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٦/٢) "اللباب في شرح الكتاب" للغنيمي (١٨٣/١).

وبيع الدين نسيئة وهو ما يعرف ببيع الكالىء بالكالىء أي الدين بالدين فهو بيع ممنوع شرعاً سواء أكان البيع للمدين كأن يقول شخص لآخر اشتريت منك مداً من الحنطة بدينار على أن يتم التسليم للعوضين بعد شهر مثلاً. أو أن يشتري شخص شيئاً إلى أجل فإذا حل الأجل لم يجد البائع ما يقضي به دينه فيقول للمشتري: بعني هذا الشيء إلى أجل آخر بزيادة شيء، فيبيعه ولا يجري بينهما تقابض، فيكون هذا رباً محرماً تطبيقاً لقاعدة " زدني في الأجل وأزيدك في القدر" . (١)

أو كان بيع الدين لغير المدين :

ومثاله : أن يقول رجل لغيره بعتك العشرين مداً من القمح التي لي عند فلان بكذا تدفعها لي بعد شهر.

أما بيع الدين نقداً في الحال فهو على إحدى حالتين:

أ - بيع الدين للمدين فقد أجاز الفقهاء بيع الدين لمن عليه الدين أو هبته له، ذلك لأن المانع من صحة بيع الدين هو العجز عن التسليم، ولا حاجة للتسليم ههنا، فما في ذمة المدين مسلم له، فعلى ذلك إن كان التسليم مضمونا فتنتفي العلة.

ومثاله: أن يبيع الدائن للمدين ديناً له في ذمته بدين آخر من غير جنسه. فيسقط الدين المبيع ويجب عوضه لأنه في معنى الصلح.

ب- بيع الدين لغير المدين: لم يجز الحنفية بيع الدين لغير المدين لأنه لا يجوز بيع معجوز التسليم. حيث إن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه. وقال بذلك الحنابلة، أما الشافعية فأجازوا بيع الدين المستقر للمدين ولغير المدين قبل القبض مثل قيمة المتلفات، ومثله المال الموجود عند المقترض. أما إذا كان الدين غير مستقر فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض. والمالكية أجازوا بيع الدين لغير المدين بشروط ثمانية تبعد عن الغرر والربا وأي محظور آخر (٢).

(١) "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٢٣/٢-٢٤).

(٢) "الفتاوى الهندية" للشيخ نظام (١٠٢/٣) ، "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٤٠٤/٥- ٤٠٨ م)، "بدائع الصنائع" للكاساني (١٤٨/٥)، "حاشية الدسوقي والشرح الكبير" (٦٢/٣-٦٣).

٣- بيع الغرر :

الغرر في اللغة هو الخطر، وأصل الغرر في اللغة: ما له ظاهر محبوب وباطن مكروه.

والغرر فقهاً : يتناول الغش والخداع والجهالة بالمعقود عليه ، وعدم القدرة على التسليم (١)

وبيع الغرر هو البيع الذي يتضمن خطراً يلحق أحد المتعاقدين ، فيؤدي إلى ضياع ماله (٢)

فالغرر هو الخطر بمعنى أن وجوده غير متحقق، فقد يوجد وقد لا يوجد، وبيع الغرر بيع ما لا يعلم وجوده وعدمه، أو لا تعلم قلته وكثرته، أو لا يقدر على تسليمه. وقد اتفق العلماء على عدم صحة بيع الغرر، مثل بيع اللبن في الضرع. واللؤلؤ في الصدف، والسمك في الماء، والطير في الهواء، وبيع ما سيملكه قبل ملكه له.

ومن البيوع غير الصحيحة بسبب الغرر بيع المضامين والملاقيح ، وبيع الملامسة والمنابذة والحصاة ، وبيع ضربة القانص ، فهذه مجهولة الذات والمقدار ومنها كذلك بيع المزابنة وهو مثل بيع الرطب على النخل أو الكرمة . ومنها كذلك بيع المحاقلة كبيع الحنطة في سنابلها ، فجميع هذه البيوع غير صحيحة بسبب الغرر فمنها الباطل ومنها الفاسد .

والغرر إما أن ينشأ عن صيغة العقد ، أو عن طبيعة المعقود عليه .

ويكون الغرر مؤثراً في إفساد العقد إذا توافرت فيه أربعة شروط هي : (٣)

أ - أن يقع في عقد معاوضة ، أي مبادلة تجارية ، كالبيع والإجارة ، فلا يصل إلى كل من الطرفين ماقصد المبادلة عليه بسب الغرر . أما الغرر في عقود التبرع فلا يؤثر

ب - أن يكون الغرر كثيراً .

أما الغرر اليسير فلا يؤثر ، لعدم خلو العقود عنه .

ج - أن يكون الغرر في المعقود عليه أصالة ، فلو كان في توابعه لم يؤثر . فبيع الحمل مع أمه جائز ، أما بيعه وحده فلا يجوز ، لأنه اذا لم يحصل بطل المعقود عليه .

د - أن لايكون للناس حاجة ماسة إلى العقد المشتمل على غرر يسير كعقد السلم والإجارة .

- الحكمة من النهي عن بيوع الغرر هي اختلال الرضا ، بحيث يترتب على ذلـك أكـل المال بالباطل ، وهذا مظنة العداوة والبغضاء .

(١) "الفروق " للقرافي الفرق رقم ١٩٣ ص ٢٦٦، "لسان العرب" لابن منظور. (غرر) .
(٢) "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٤١٠/٥).
(٣) انظر الموسوعة الفقهية - دله البركة .

قال الإمام النووي : النهي عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيـرة جداً .

ومن بيوع الغرر ما جاءت بشأنه نصوص خاصة، ومنها ما دخل تحت عموم النهي في هذا الحديث. كبيع المنابذة والملامسة والحصاة، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسـول الله ﷺ "نهى عن الملامسة والمنابذة" (١).

وفي حديث آخر: "نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر" (٢).

وبيع الملامسة : لمس المشتري أو البائع سلعة من سلع مختلفة فيتم البيـع دون أن ينظر إليها أو يقبلها.

وبيع المنابذة : طرح البائع سلعة من سلع مختلفة فيلزم بها المشتري دون أن يقبلها أو ينظر إليها.

وبيع الحصاة : هو البيع بإلقاء الحجر دون تحديد للمبيع، بأن يقول المشتري للبـائع: إذا نبذت إليك الحصاة فقد وجب البيع، أو يقول البائع للمشتري: لك من السلع ما تقع عليه حصاتك إذا رميت بها، أو يقول في شراء الأراضي: لـك مـن الأرض إلى حيث تنتهي حصاتك (٣).

هذه البيوع كانت معروفة في الجاهلية، وهي قائمة على الغرر، أي التـردد بـين حـصول المقصود وعدم حصوله والتراضي فيها غير متوافر لاستخدام وسائل لا تعبـر عـن إرادة العاقدين إذ يلزم البيع على ما تقع عليه الحصاة من الثياب مثلاً بلا قصد من الرامي لشيء

معين ولا تأمل ولا رؤية، وليس له أن يختار بعدئذ غيره، كما أن فيها جهالة لعين المبيـع وهي تؤدي إلى التنازع.

---

(١) رواه البخاري (٥٩٩) ومسلم (١٥١٢).

(٢) رواه مسلم (١٥١٣).

(٣) "فتح القدير" لابن الهمام (١٩٦/٥١)، "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٣٦٦/٥)، "الغرر وأثره في العقـود" للضرير (١٣٢، وما بعدها، ١٤٩ وما بعدها)، "حاشية ابن عابدين" (٦٨/٥).

ومنها : البيع قبل القبض : وذلك بأن يشتري إنسان سلعة أو بضاعة، ثم يبيعها قبل أن يقبضها، فهو بيع منهي عنه وباطل . عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه" (١).

والحكمة في النهي عن أن يبيع الإنسان ما اشتراه قبل أن يقبضه أن الشيء قبل قبض المشتري له لا يدخل في ضمانه، فإذا باعه قبل قبضه له نشأ الربح عن بيع شيء لم يضمنه، وقد روى عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك) (٢).

ولأن الملك قبل القبض ضعيف، لاحتمال انفساخ العقد بتلفه، فيكون بيعه قبل قبض المشتري له لوناً من ألوان الغرر، لاحتمال عدم تمام الصفقة.

وهناك حكمة أخرى، بالنسبة للمنع من بيع الطعام قبل قبضه، وهي أن المنع يؤدي لتقليل تداول التجار للأغذية قبل وصولها للمنتفع بها لكيلا ترفع أثمانها دون أي إضافة ويتضرر المشترون لها لسد حاجتهم بها.

والقبض كما يكون بأخذ الشيء باليد، فإنه يحصل بوسائل أخرى حسب طبيعة الشيء: فالمنقولات تقبض بالحيازة بالكيل أو الوزن أو العدد، أو بتسليمها جزافاً (جملة).

والعقار يقبض بالتخلية بينه وبين المشتري ليتمكن من التصرف، وذلك بتسليم المفتاح بعد تفريغه مما يخص البائع. والمبالغ النقدية يحصل قبضها بالأخذ، أو بالقيد في حسابات البنوك إذا كان يترتب على القيد إمكانية التصرف. والبضاعة المحفوظة في مخازن عمومية تقبض بتسليم شهادات التخزين أو المستندات التي تخول المشتري من الحصول عليها (٣).

---

(١) رواه البخاري (٢٠٢٦).

(٢) أخرجه الترمذي (٥٣٥/٣، برقم ١٢٣٤).

(٣) "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٥٠٠/٥)، "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٨/٢)، "فتح القدير" لابن الهمام (٤٩٦/٥).

ومنها : بيع الذهب والفضة والعملات بالأجل :

عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : "لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا (١) بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق - الفضة - إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز " (٢) .

بيع الذهب والفضة والعملات بعضها ببعض يسمى (الصرف) أو (المصارفة) وهو جائز شرعاً سواء كان للحاجة إلى النوع الذي ليس عند المشتري، أو للتجارة وتحصيل الربح، مع مراعاة الشروط الشرعية للصرف وهي:

أ - إذا بيع الجنس بجنسه وجب التماثل، كما يجب أيضاً التقابض.

ب- إذا بيع الذهب بالفضة، أو بيع الذهب أو الفضة بإحدى العملات، أو بيعت عملة بأخرى كالريال بالجنيه مثلاً، فإنه يجوز التفاوت في المقدار أي كمية البدلين، ولكن يجب التقابض بين المتصارفين في المجلس قبل أن يتفرقا.

واتفق الفقهاء على تحريم بيع الذهب أو العملات بالنسيئة- أي الأجل- فلا يجوز إبرام العقد على شيء من ذلك مع تأخير تسليم البدلين أو أحدهما، بل يجب أن يقترن العقد بالتقابض للبدلين.

والحكمة في تحريم بيع الذهب أو الفضة أو العملات بالأجل، أو مع تأخير التقابض هي أن التأخير ذريعة إلى ربا النسيئة.

والأثمان سواء بالخلقة (الذهب والفضة) أم ما أخذ حكمهما (العملات النقدية) هي وسيلة للتبادل، فيجب وقوع التبادل الفوري.. ويراعى في ذلك ما جرى العرف على اعتباره قبضاً، كالقيود المصرفية، مع التسامح في التأخير الذي يحصل بسبب عمليات التحويلات المصرفية، وقد اعتمدت ذلك مقررات المجامع الفقهية.

---

(١) قال ابن الأثير في "النهاية" ٢ : ٤٨٦ : "الشف : الربح والزيادة ، ومنه الحديث : "لاتُشفوا أحدهما على الآخر" أي : لاتفضلوا . والشف : النقصان أيضاً ، فهو من الأضداد . يقال : شف الدرهم يشف .. إذا زاد أو نقص .

(٢) البخاري (٢٠٦٨) ، مسلم (١٥٨٤).

ومنها بيع الكالىء بالكالىء :

روى ابن عمر رضي ا عنهما أن النبي ﷺ " "نهى عن بيع الكـالىء بالكـالىء " (١) وقال: هو: "النسيئة بالنسيئة". والكالىء هو الدين ، وسمي بذلك لأنه متـأخر، لتأجيـل تسليمه عند البيع.

وبيع الكالىء بالكالىء هو بيع الدين بالدين، ويطلق عليه أيضاً: بيع النسيئة.

ومعنى النسيئة التأخير أيضاً.

مثاله : أن يشتري شخص سيارة وتجرى المبادلة بين الثمن الذي يثبت في ذمته وبـين دين للمشتري ثابت في ذمة شخص آخر غير البائع فيكون قد باع ديناً عليه بدين لـه، فقد يتمكن البائع من قبضه وقد لا يتمكن.

الحكمة في المنع من بيع الدين بالدين هي وجود الغرر، لأن الدائن لا يقدر على تـسليم المعقود عليه لأنه في الذمة. والغرر هنا كثير لأن البدلين (المبيع والثمن) دينـان فـي الذمة.

ولذلك اشترط في بيع السلم تعجيل الثمن ليبقى المؤجل هو المبيع فقط.

ومن بيع الكالىء بيوع المستقبليات التي تسمى عقود الفيوتشر لأن تسليم البدلين فيهـا مؤجل إذ لا يعجل الثمن كالسلم بل يدفع جزء يسير منه.

٤- بيع النجس والمتنجس (٢):

فقهاء الحنفية والظاهرية يجيزون بيع النجاسات للانتفاع بها إلا ما ورد النهي عن بيعه منها: كالخمرة، والخنزير والميتة والدم لأنها ليست بمال أصـلاً . لأن جـواز البيع يتبع الانتفاع، فكل ما كان منتفعاً به جاز بيعه عندهم. أمـا فقهـاء المالكيـة والشافعية والحنابلة فلا يجيزون بيع النجاسات لأن جواز البيع يتبع الطهارة، فكـل ما كان طاهراً أي مالاً يباح الانتفاع به شرعاً يجوز بيعه عندهم.

---

(١) أخرجه البيهقي: (٢٩٠/٥).

(٢) انظر "بدائع الصنائع" للكاساني (١٤٢/٥ وما بعدها) "الاختيار لتعليل المختار" لابـن مـودود (٩/٢-١٠)، "مغني المحتاج" للشربيني (١١/٢)، "الخرشي على مختصر خليل" (١٥/٥).

٥- بيع العربون (١):

العربون في اللغة هو التسليف والتقديم.

وبيع العربون: هو أن يشتري الرجل شيئاً فيدفع إلى البائع من ثمن البيع درهماً أو غيره مثلاً ، على أنه إذا نفذ البيع بينهما احتسب المدفوع من الثمن.

وإن لم ينفذ، يجعل هبة من المشتري للبائع، فهو بيع يثبت فيه الخيار للمشتري إن أمضى البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإن رد البيع فقد العربون، ومدة الخيار غير محدودة بزمن، وأما البائع فإن البيع لازم له.

والعلماء اختلفوا في بيع العربون ففريق اعتبره غير صحيح، وفريق قال بأنه فاسد، وفريق قال بأنه باطل. وفريق قال: لا بأس به، واستدل القائلون ببطلانه بأن فيـه شرطاً فاسداً وهو الهبة للبائع.

وجاء في قرار المجمع الفقهي في دورته الثامنة القرار رقم (٧٣) البند (٢) : يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود . ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء . (٢)

والأحاديث الواردة في النهي عنه كحديث عبدا بن عمرو "نهى رسول ا ﷺ عن بيع العربان" (٣) والعربان لغة في العربون. وفي تقديري أنه يصح ويحـل بيـع العربـون وأخذه عملاً بالعرف لأن الأحاديث الواردة عند الفريقين من أحله ومن حرمه لم تصح.

---

(١) ""الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٤٣٤/٥- ٣٤٣٥)، "الشرح الكبير" لشمس الدين المقدسي (٥٨/٤).

(٢) مجلة المجمع (العدد الثامن ج ١ ص٦٤١) .

(٣) رواه أبو داود (٣٥٠٢).

٦- بيع الماء (١):

يشترط في المعقود عليه أن يكون مالاً محرزاً أي مملوكاً لواحد من الناس، فـلا ينعقـد بيع شيء غير مملوك لأحد كالماء والهواء والتراب.

والماء قد يكون مشاعاً لجميع الناس كماء البحار فلكل إنسان حق الانتفاع به علـى أي وجه شاء. أو قد يكون ماء الأودية العظام مثل الأنهار العظيمة كدجلة والفـرات أو قـد يكون الماء مملوكاً لجماعة مخصوصة كأهل قرية تختص بعين ماء أو بنهر صـغير، أو قد يكون الماء محرزاً في الأواني فهو مملوك لمن أحرزه.

وبهذا يظهر أن الماء بالنسبة للتمليك والبيع إما مباح وهو فيما لا يختص بـه أحـد أو غير مباح وهو ما لا يدخل تحت ملكية أحد سواء كان فرداً أم جماعة. واختلف العلمـاء حول جواز بيع الماء، فمنهم من أجاز بيع غير المباح للناس جميعاً كماء البئر أو مـاء العين وبعضهم قال إنه لا يحل بيع الماء مطلقا مستدلين بقول رسـول ا ﷺ : "النـاس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار" (٢).

---

(١) ""الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٤٣٦/٥).

(٢) "حاشية ابن عابدين" (٥٦/٥).

أنواع البيع الفاسد

البيع الفاسد عند الحنفية هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ويفيد الملك بالقبض (١) وسنتناول أنواع البيوع الفاسدة عند الحنفية، مع ذكر حكمها عند غيرهم.

أنواع البيع الفاسد كالآتي:

١- بيع المجهول.

٢- البيع المعلق على شرط (أي : البيع المضاف) .

٣- بيع العين الغائبة أو غير المرئية.

٤- بيع الأعمى.

٥- البيع بالثمن المحرم.

٦- البيع نسيئة ثم الشراء نقداً بأقل (بيع العينة).

٧- بيع العنب لعاصر الخمر.

٨- البيعتان في بيعة، أو الشرطان في بيع واحد.

٩- بيع الأتباع والأوصاف مقصودة.

١٠- بيع الشيء المملوك قبل قبضه من مالك آخر.

١١- اشتراط الأجل في المبيع أو الثمن المعين.

١٢- البيع بشرط فاسد.

١٣- بيع الثمار أو الزرع.

١- بيع المجهول :

الجهالة إما يسيرة أو فاحشة، فالجهالة الفاحشة هي التي تؤدي إلى المنازعة، فإذا كان المبيع أو الثمن مجهولاً جهالة فاحشة فسد البيع.

أما إذا كان المبيع أو الثمن مجهولاً جهالة يسيرة وهي التي لا تؤدي إلى المنازعة لا يفسد البيع لأن هذه الجهالة لا تمنع من التسليم والتسلم، فيحصل مقصود البيع.

(١) "اللباب في شرح الكتاب" للغنيمي (١٩٤/١).

ونحكم على نوع الجهالة يسيرة أو فاحشة عن طريق العرف، وترجع الجهالة الفاحـشة غالباً إلى أربع جهات هي:

(أ) جهالة المبيع: جنساً أو قدراً أو نوعاً بالنسبة للمشتري.

(ب) جهالة الثمن: كأن يقول: بعتك هذا الثوب بقيمته، فهنا يكون البيع فاسداً لأنه جعل ثمنه قيمته والقيمة تختلف باختلاف تقويم المقومين، فكان الثمن مجهولاً .

(ج) جهالة الأجل: كما إذا باع إلى أجل كذا وكذا، فيفسد البيـع لأن الأجـل مجهـول، وكذلك الجهالة في مدة خيار الشرط تفسد البيع.

(د) الجهالة في وسائل التوثيق: كما لو اشترط البائع تقديم كفيـل أو رهـن بـالثمن المؤجل فيجب أن يكونا معينين وإلا فسد البيع (١).

٢- البيع المعلق على شرط أو البيع المضاف :

البيع المعلق على شرط أو العقد المعلق عموماً هو ما علق وجوده على وجود أمر آخر ممكن الحصول بإحدى أدوات التعليق نحو: ("إن" و "إذا" و "متى") ونحوها.

مثاله : أن يقول شخص لآخر: بعتك داري هذه بكذا إن باع لي فـلان داره، أو إن جاء والدي من السفر مثلاً.

أما البيع المضاف فهو ما أضيف فيه الإيجاب إلى زمن المستقبل، كأن يقول شخص لغيره: بعتك هذه السيارة بكذا من أول الشهر القادم فيقول الآخر قبلت. والفرق بين هذين النوعين عند الحنفية: أن العقد المعلق لا يعد موجوداً ولا ينعقـد سـبباً فـي الحال وإنما هو معلق على وجود الشرط، والشرط قد يوجد وقد لا يوجد. أما العقـد المضاف فهو عقد تام يترتب عليه حكمه وآثاره إلا أن هذه الآثار يتأخر سـريانها إلى الوقت الذي عينه العاقدان لها.

وذهب جمهور العلماء إلى عدم صحة البيع المعلق، والمضاف وعدوه باطلاً .

(١) "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٢/٥، ٢٦)، "حاشية ابن عابدين" (٥٦٣/٤)، "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٤٤٣/٥- ٣٤٤٦).

أما الحنفية فقالوا بفساد المعلق، والمضاف إذا كان الثمن والمبيع مؤجلين (١) ولو كان الزمن معلوماً.

٣- بيع العين الغائبة أو غير المرئية:

العين الغائبة هي العين المملوكة للبائع الموجودة في الواقع ولكنها غير مرئية. قال الحنفية إنه يجوز بيع العين الغائبة من غير رؤية ولا وصف، فإذا رآها المـشتري كان له الخيار، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده (٢).

وكذلك قال المالكية بجواز بيع الغائب بلا وصف لنوعه وجنسه في حالة معينة تسمى البيع على البرنامج : وهو الدفتر المكتوب فيه صفة ما في الوعاء من الثياب المبيعة دون اطلاع البائع على الجنس والنوع فإن وجد على الصفة لـزم البيـع وإلا خيـر المشتري (٣).

أما الشافعية فقالوا أنه لا يصح مطلقاً بيع الغائب وهو ما لـم يـره المتعاقـدان أو أحدهما، وإن كان المبيع حاضراً ، لما فيه من الغرر (٤).

وأما الحنابلة فقالوا : إن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه، أمـا إذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب، وعن أحمد لا يصح حتى يراه (٥).

أما إذا كان هناك مشقة أو ضرر في رؤية المبيع كالأطعمـة المحفوظـة والأدويـة والغازات فإن الحنفية أجازوا بيع العين الغائبة وكذلك المالكية. أما الشافعية والحنابلة فأبطلوه لعدم التمكن من وصفه.

---

(١) "الفروق" للقرافي (٢٩٩/١ فرق رقم ٤٥)، "حاشية ابن عابدين" ، "٨٥/٥- ٨٦"، "الغرر وأثره في العقود" للضرير ص ١٥٧- ١٦٩.

(٢) "بدائع الصنائع" للكاساني (١٦٣/٥).

(٣) "الشرح الكبير" للدردير (٢٤/٣).

(٤) "مغني المحتاج " للشربيني (١٨/٢).

(٥) "الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (٣٤٥١/٥ نقلاً عن المغني لابن قدامة). "الفقه الحنبلي الميسر" للزحيلـي (٢٣٤/٢)، "المغني" لابن قدامة (٨٤/٤).

٤- بيع الأعمى وشراؤه:

قال الحنفية والمالكية والحنابلة يصح بيع الأعمى وشراؤه وإجارته ورهنه وهبتـه، ويثبت له الخيار بما يفيد معرفته بالمبيع كالشم والذوق والجس وكالوصف في الثمار على الأشجار.

أما الشافعية فقالوا: لا يصح بيع الأعمى وشراؤه إلا إذا كان قد رأى شيئاً قبل العمى مما لا يتغير كالحديد ونحوه (١).

٥- البيع بالثمن المحرم:

إذا كان البيع بثمن محرم كالخمر والخنزير كان العقد فاسداً عند الحنفية وبـاطلاً عنـد غيرهم (٢).

٦- البيع نسيئة ثم الشراء نقداً - بيوع الآجال:

وهو مثل أن يبيع الشخص سلعة أو مالاً إلى شخص آخر بثمن مؤجل، ثم يشتريه منـه بثمن عاجل وغالباً ما يكون هذا الثمن العاجل أقل من الثمن المؤجل. فهذه تسمى بيـوع الآجال لاشتمالها دائماً على الأجل وقد يسميها بعض العلماء بيع العينة وهي في الحقيقة نوع من بيوع الآجال يقصد منها التحايل على الربا.

فقال الشافعية في ذلك أنه يصح هذا العقد لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول ويترك أمر النية وحده يعاقب صاحبها عليها (٣).

أما المالكية والحنابلة فقالوا إن العقد باطل متى قام الدليل على وجود قصد آثـم سـداً للذريعة (٤).

وأبو حنيفة يجعل بيع العينة فاسداً إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك المقـرض والمشتري المقترض (٥).

---

(١) انظر "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (١٠/٢) ، "حاشية ابن عابدين" (٦٣٩/٤)، "الـشرح الكبيـر" للدردير (٢٤/٣ مع حاشية الدسوقي)، "معجم الفقه الحنبلي على كتاب المغني" (١٢٥/١).

(٢) "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٤٥٢/٥).

(٣) "روضة الطالبين" للنووي (٤١٨/٣- ٤١٩).

(٤) "المغني" لابن قدامة (٢٥٧/٤)، "القوانين الفقهية" لابن جزي ص ٢٥٧.

(٥) "حاشية ابن عابدين" (٢٨٨/٥).

وفي حالة توسط شخص ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقترض فقد اعتبر الشافعي هذا العقد صحيحاً مع الكراهة لتوافر ركنيه وهو الإيجاب والقبول.
أما المالكية والحنابلة فقالوا إن هذا العقد يقع باطلاً سداً للذرائع .

٧- بيع العنب لعاصر الخمر:
قال أبو حنيفة والشافعي أنه يصح في الظاهر مع الكراهة بيع العنب لعاصر الخمر وبيع السلاح لمن يقاتل المسلمين، لعدم تحققنا أنه يتمكن من اتخاذه خمراً، أو يقاتل المسلمين بالسلاح ويؤاخذ الإنسان على مقاصده.
أما المالكية والحنابلة فقالوا: إن بيع العصير لمن يتخذه خمراً باطل، وكذا بيع السلاح لأهل الحرب أو لأهل الفتنة أو لقطاع الطرق سداً للذرائع (١).

٨- البيعتان في بيعة أو الشرطان في بيع واحد:
اختلف في تفسير البيعتين في بيعة فالشافعي له تأويلات أحدها أن يقول: بعتك بألفين نسيئة وبألف نقداً ، فأيهما شئت أخذت به وهذا بيع فاسد، أما الثاني فكأن يقول: بعتك منزلي على أن تبيعني فرسك وهذا كذلك عقد محرم لأن فيه غرراً لا يدري البائع هل يتم البيع الثاني أم لا.

واختلف كذلك في تفسير الشرطين في بيع، فقيل هو أن يقول: بعت هذا بكذا نقداً وبكذا نسيئة، أو قيل هو أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع السلعة ولا يهبها، أو قيل هو أن يقول : بعتك هذه السلعة بكذا على أن تبيعني السلعة الفلانية بكذا.
من هذا يظهر أن البيعتين في بيعة والشرطين في بيع واحد بمعنى واحد واختلف العلماء في حكمه. فقال الحنفية: إن البيع فاسد لأن الثمن مجهول ولما فيه من إبهام وتعليق دون أن يستقر الثمن على شيء هل هو حال أو مؤجل ، ولو رفع الإيهام وقبل على إحدى الصورتين صح العقد، وأرى أن الحكمة هي الحرص على تحرير الثمن لإبراز القيمة الحقيقية بتوسط النقود وهي معيار القيمة. وقال الشافعية والحنابلة إن هذا العقد باطل لأنه من بيوع الغرر بسبب الجهالة لأن البائع لم يجزم ببيع واحد.
وقال مالك : يصح هذا البيع، ويكون من باب الخيار فيذهب العقد على إحدى الحالتين (٢).

---

(١) "المغني" لابن قدامة (٢٨٣/٤- ٢٨٤)، "فتح القدير" لابن الهمام (١٢٧/٨) .
(٢) "مغني المحتاج" للشربيني (٣١/٢)، "القوانين الفقهية" لابن جزي ص ٢٥٦. "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٤٥٨/٥- ٣٤٦١).

٩- بيع الأتباع والأوصاف مقصودة :

إن كان الشيء تبعاً لغيره وبيع مستقلاً عنه كبيع الذراع والرأس من الشاة الحيـة ونحوهـا فكل هذا باطل لأنه بيع لمعدوم لأن اللحم لا يصير لحماً إلا بالذبح والسلخ.

أما بيع ذراع من ثوب فإن كان يضره التبعيض كان العقد فاسداً لأن المبيع تبع لغيـره، ولا يمكن تسليمه إلا بضرر لم يوجبه العقد يلحق بالبائع وهو قطع الثوب.

أما إذا كان المبيع لا يضره التبعيض فيجوز البيع لأن المبيع ليس تبعاً لغيره (١).

١٠- بيع الشيء المملوك قبل قبضه من مالك آخر:

علة النهي عن بيع الشيء قبل قبضه عند مجموع الفقهاء ناشئة بسبب الغرر فـي عـدم القدرة على التسليم.

فالمالكية قالوا : لا يجوز بيع الطعام قبل القبض ربوياً كان أم غير ربوي لحديث ابن عمر (*) ، أما ما سوى ذلك أو بيع الطعام جزافاً فيجوز بيعه قبل قبضه (٢).

وأما الحنابلة فقالوا : لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه إذا كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً (٣) والتخصيص للطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على إباحة البيع فيما سواه عندهم.

والشافعي رأى أنه لا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه مطلقاً قبل قبضه عقـاراً كـان أم منقولاً (٤)

أما الحنفية فقالوا : إنه لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض.

واستثنى أبو حنيفة من ذلك العقار كالأرض والدور فقال: يجوز بيعه قبل القبض؛ لأنـه لا غـرر فيه ، إذ لا يتوهم هلاك العقار ولا يخاف تغييره غالباً بعد وقوع البيع وقبل القبض (٥)

وأرى أن الحكمة هي تكبيل سرعة دوران النقود حتى لا يزيد المعروض من النقـد بمـا يرفع الأسعار بدون عمل إنتاجي.

---

(١) "بدائع الصنائع، للكاساني (١٣٩/٥)، "فتح القدير" لابن الهمام (١٩٣/٤)

(٢) "القوانين الفقهية" لابن جزي ص ٢٥٧، "بداية المجتهد" لابن رشد (١١٩١/٣ وما بعدها).

(٣) "المغني" لابن قدامة (١١٥/٤).

(٤) "مغني المحتاج" للشربيني (٦٨/٢) .

(٥) "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٨/٢).

(*) الحديث (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه) البخاري (٢٠٢٦) .

١١- اشتراط الأجل في المبيع المعين والثمن المعين:

إذا اشترط الأجل لتسليم المبيع المعين أو الثمن كان البيع فاسداً عند الحنفية، لأن الأصل وجوب التسليم حال العقد.

ولكن يجوز عندهم التأجيل في المبيع المؤجل وهو السلم، وكذا يجوز التأجيل في الثمن الثابت ديناً في الذمة إن كان الأجل معلوماً (١) .

١٢- البيع بشرط فاسد:

لإيضاحه لا بد من أن نبين أنواع الشروط في البيع وهي: شرط صحيح، وشـرط فاسد، وشرط لغو باطل (٢).

أ - الشرط الصحيح:

هو المعتبر الملزم للمتعاقدين، وهو على أربعة أقسام:

١- ما يقتضيه العقد: كان يشتري شخص شيئاً بشرط أن يسلم البائع المبيـع أو أن يسلم المشتري الثمن.

٢- ما ورد الشرع بجوازه : كشرط الأجل والخيار لأحد المتعاقدين.

٣- ما يلائم مقتضى العقد : كالبيع بثمن مؤجل على شرط أن يقدم المشتري كفيلاً أو رهناً معينين بالثمن، ويجب أن يكون الرهن والكفيل معلـومين، لأنـه إذا كانا مجهولين فسد البيع.

٤- ما جرى به العرف كشراء القفل على أن يسمره البائع.

ب- الشرط الفاسد:

هو ما خرج عن الأقسام الأربعة السابقة أي لا يقتضيه العقد ولا يلائمـه ولا ورد به الشرع ولا يتعارفه الناس، وإنما فيه منفعة لأحد المتعاقـدين، كمـن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو داراً على أن يسكنها البائع شهراً مـثلاً ، فالبيع هنا فاسد لأنه زيادة منفعة مشروطة في العقد فتكون ربا.

---

(١) "بدائع الصنائع" للكاساني (١٧٤/٥).

(٢) "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٥/٣٤٦٦ وما بعدها)، "المدخل الفقهي العام" للزرقا (١/٤٧٦ وما بعدها) (٢/ ٦٨٨، ٦٩٧).

ج- الشرط اللغو أو الباطل:

وهو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين، كأن يبيع شيئاً بشرط ألا يبيعه المشتري أو لا يهبه، فالبيع جائز والشرط باطل لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد.

والغالب أن الشرط الفاسد لو ألحق بعقد صحيح، فإن هذا الشرط لا يلتحق بالعقد ولا يفسد العقد بذلك وأما إذا لحق الشرط الصحيح بأصل العقد فيثبت شرعاً للحاجة إليه ويصح اقترانه بالعقد.

١٣- بيع الثمار أو الزرع (١):

أجمع العلماء على أن بيع الثمار قبل أن تخلق لا ينعقد، وأما بيع الثمار بعد القطع فلا خلاف في جوازه.

أما بيع الثمار على الشجر أو بيع الزرع في الأرض بعد أن يخلق فاختلفت فيه العلماء فيما إذا كان البيع قبل بدو صلاح الزرع أو الثمر فهنا يوجد ثلاث حالات:

١- إن كان بشرط القطع جاز.
٢- إن كان البيع مطلقاً عن الشرط جاز عند الحنفية.
٣- إن كان بشرط الترك فالعقد فاسد عند الحنفية.

وأما إذا كان البيع بعد بدو الصلاح فيوجد كذلك ثلاث حالات:

١- إن باع بشرط القطع جاز.
٢- إن باع مطلقاً عن الشرط جاز.
٣- إن باع بشرط الترك وهو على حالين:
أ- إن لم يتناه عِظمه فالبيع فاسد بلا خلاف.
ب- إن تناهى عِظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن فيه شرط منفعة للمشتري. وقال محمد : يجوز استحساناً لتعارف الناس وتعاطيهم بذلك.

(١) انظر "الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود (٦/٢- ٧)، "اللباب في شرح الكتاب" للغنيمي (١٨٣/١- ١٨٤).

تصنيف البيوع الممنوعة بحسب سبب الخلل [1]

البيوع الممنوعة أو المنهي عنها لها تصنيفات كثيرة نـذكر هنـا أهمهـا وهـو التصنيف بحسب سبب الخلل الذي يصاحبها، وهي أربعة أنواع:

١- البيوع الممنوعة بسبب أهلية العاقد.

٢- البيوع الممنوعة بسبب الصيغة.

٣- البيوع الممنوعة بسبب المعقود عليه.

٤- البيوع الممنوعة بسبب وصف أو شرط أو نهي شرعي.

أولاً : البيوع الممنوعة بسبب أهلية العاقد :

اتفق العلماء على أنه يصح البيع من كل بالغ عاقل مختار مطلق التصرف، غيـر محجور عليه لحق نفسه كالسفيه، أو لحق غيره كالمدين .

وأما من لا يصح بيعه فهو ما يأتي:

(١) بيع المجنون، لانعدام الأهلية ومثله السكران والمخدر (٢) .

(٢) بيع الصبي: لا يصح بيع غير المميز اتفاقاً إلا في الشيء اليسير (٣).

(٣) بيع الأعمى إذا وصف له المبيع صحيح عند الجمهور، باطل غير صحيح عند الشافعية لقصوره في إدراك الجيد والرديء (٤).

---

(١) انظر "نظرة إسلامية لأهم القضايا الاقتصادية المعاصرة - لعمر عبدا كامل ، تحت الطبع .

(٢) "حاشية ابن عابدين" (٥٣٨/٤)، "مغني المحتاج" للشربيني (٧/٢).

(٣) "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" (٥/٣). "كشاف القناع" للبهوتي (١٥١/٣).

(٤) انظر "المهذب" بتحقيق محمد الزحيلي (٣٧/٣)، "الشرح الكبير" للدردير (٢٤/٣) ، "حاشية ابـن عابـدين" (٦٣٩/٤)، "معونة أولى النهى" لابن النجار (٢٧/٤)، "حاشية الشرقاوي، (٩/٢).

(٤) بيع المكره : غير نافذ عند الحنفية فإن أجازه المكره بعد زوال الإكراه نفذ، وعند المالكية غير لازم فله الخيار بين فسخ العقد وإمضائه، وغير صحيح عند الشافعية والحنابلة (١).

(٥) بيع الفضولي : لا يصح عند الشافعية والحنابلة للنهي عن بيع ما لم يملكه الإنسان. أما عند المالكية والحنفية فصحيح موقوف على إجازة المالك (٢).

(٦) بيع المحجور عليه بسبب السفه أو الإفلاس أو المرض.

(٧) بيع الملجأ : وهو المضطر إلى البيع لتهريب أمواله من وجه ظالم، بيعه فاسد عند الحنفية، باطل عند الحنابلة. وصحيح عند الشافعية (٣).

ثانياً : البيوع التي قد تمنع بسبب الصيغة:

يصح البيع بالاتفاق بتراضي العاقدين، وتوافق الإيجاب والقبول فيما يجب التراضي عليه من بيع وثمن وغيرهما، وكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد دون أن يحدث بينهما فاصل. ويختلف حكم البيع في حالات منها ما يأتي:

(١) بيع المعاطاة: وهو أن يتفق العاقدان على ثمن ومبيع، ويتعاطيا من غير إيجاب ولا قبول، وذهب الحنفية إلى جوازه مطلقاً، والشافعية إلى جوازه في الأشياء غير النفيسة (٤).

(٢) البيع بالمراسلة أو بواسطة رسول: يصح اتفاقاً ، ويكون مجلس التعاقد هو مجلس بلوغ الرسالة من العاقد الأول إلى العاقد الثاني، فإن تم القبول بعد هذا المجلس لم ينعقد العقد (٥).

---

(١) (حاشية ابن عابدين " (٥٣٦/٤)، "روضة الطالبين" للنووي (٣٤٤/٣)، "الشرح الكبير" للدردير (٦/٣)، "معونة أولي النهى" لابن النجار (١٣/٤).

(٢) "حاشية ابن عابدين" (١١٢/٥)، "القوانين الفقهية" لابن جزي ص ٢٤٧.

(٣) "معونة أولي النهى" لابن النجار (٨/٤)، "مغني المحتاج" للشربيني (٨/٢، "حاشية ابن عابدين" (٢٨٨/٥).

(٤) (الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود (٢/ ٤).

(٥) (مغني المحتاج " للشربيني (٢/ ٥).

(٣) بيع الأخرس بالإشارة المفهومة أو الكتابة: صحيح اتفاقاً ، فإن لم تكن لـه إشـارة مفهومة ولا يحسن الكتابة لم يصح عقده (١).

(٤) البيع مع غائب عن مجلس العقد: لا يصح اتفاقا" (٢).

(٥) البيع مع عدم تطابق الإيجاب والقبول: لا يصح اتفاقاً .

(٦) البيع المعلق على شرط أو المضاف لوقت في المستقبل: فاسد عند الحنفية وباطـل عند الجمهور .

ثالثاً: البيوع الممنوعة بسبب المعقود عليه (محل التعاقد) :

المعقود عليه هو المال المبذول من كلا المتعاقدين فيسمى أحـد البـدلين مبيعـاً ويسمى الآخر ثمناً.

واتفق العلماء على صحة البيع إذا كان المعقود عليه مالاً منقولاً محرزاً موجـوداً مقدوراً على تسليمه، معلوماً للعاقدين، لم يتعلق به حق الغير، ولـم ينـه عنـه الشرع. واختلفوا في صفة بعض البيوع المنهي عنها على النحو التالي :

(١) بيع المعدوم وماله خطر العدم : كبيع المضامين (ما فـي أصـلاب الـذكور) والملاقيح (ما في أصلاب الإناث) باطل باتفاق الأئمة.

(٢) بيع معجوز التسليم، كالطير في الهواء والسمك في المـاء باطـل لا ينعقـد باتفاق الأئمة.

(٣) بيع الدين نسيئة وهو بيع الكالىء بالكالىء باطل اتفاقاً .

(٤) بيع الغرر غير اليسير: لا يصح اتفاقاً .

(٥) بيع النجس والمتنجس : كالخمر والخنزير والميتة والدم لا يصح اتفاقاً. كذلك لا يصح عند الجمهور بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالسمن والزيـت والعسل الذي وقعت فيه نجاسة، وأباح الحنفية بيع المتـنجس لغيـر الأكـل كالدبغ والدهن والاستضاءة.

(٦) بيع الماء: اتفق العلماء على أنه لا يجوز بيع الماء المباح أي المـاء العـام المشترك بين الناس، وأجاز الجمهور بيع الماء المملوك كماء العين أو البئر.

---

(١) مغني المحتاج " للشربيني (٧/٢).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته " للزحيلي (٣٤٩٦/٥.

(٧) بيع المجهول : البيع المشتمل على جهالة فاحشة في المبيع أو الثمن أو الأجل أو نوع المرهون أو الكفيل فاسد عند الحنفية، باطل عند الجمهور.

(٨) بيع الشيء الغائب عن المجلس أو غير المرئي: لا يصح مطلقاً عند الشافعية والحنابلة، ويصح عند المالكية على الصفة ويثبت فيه خيار الرؤية. أما عند الحنفية فيصح من غير رؤية ولا وصف وللمشتري الخيار عند الرؤية.

(٩) بيع الشيء قبل القبض: استثنى منه الحنفية بيع العقار لأنه مأمون التغيير غالباً وخصص المالكية المنع في الطعام، وخصص الحنابلة المنع في الطعام المكيل أو الموزون أو المعدود.

(١٠) بيع الثمار أو الزرع: باطل لا ينعقد إذا كان قبل أن تخلق، أما بعد أن تخلق فإن كان قبل بدو الصلاح بشرط الترك أو الإبقاء فلا يصح إجماعاً.

وإن كان بشرط القطع في الحال فيصح إجماعاً . وإن كان بعد بدو الصلاح جاز بيعه ولو بشرط الترك عند الجمهور.

وأرى أنه في عصرنا إذا ضبطت إمكانية التسليم بمواصفات تنفي التنازع فلا بأس بانتفاء جهالة كتم المعلومات أو التغرير بأحد الأطراف:

رابعاً : البيوع الممنوعة بسبب وصف أو شرط أو نهي شرعي

يصح البيع اتفاقاً إذا اكتملت أركانه وشروطه ولم يكن مشتملاً على صفة ضارة بالمجتمع أو شرط مخالف لمقتضى العقد أو لاعتبارات أخرى خارجة عن العقد كما في الحالات التالية:

(١) بيع العربون : لا يجوز عند الجمهور فهو فاسد عند الحنفية، وباطل عند المالكية والشافعية وجائز عند الحنابلة.

(٢) بيع العينة : باطل عند المالكية والحنابلة، فاسد عند الحنفية إلا إذا توسطه شخص ثالث، صحيح مع الكراهة عند الشافعية.

(٣) بيع الربا : ربا النسيئة أو ربا الفضل: فاسد عند الحنفية ، باطل عند الجمهور (١)

(١) "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٥٠٢/٥).

(٤) البيع بثمن محرم كالخمر والخنزير: فاسد عند الحنفية، باطل عند الجمهور.

(٥) بيع حاضر لباد من الذين لا يعرفون الأسعار: ومثاله أن يجيء البلد غريب بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت في الحال فيأتيه الحاضر فيقول : ضعه عندي لأبيعه لـك على التدريج بأغلى من هذا السعر، والحكمة فيه كما يظهر لي هو عدم التلاعـب في الأسعار وتعطيل قانون العرض والطلب (١).

(٦) تلقي الركبان : أي الذين يجلبون إلى البلد أرزاق العباد سـواء كـانوا ركبانـاً أم مشاة، جماعة أو فرادى ، والتلقي محرم (٢)، وكذلك أرى الحكمة هـي تعطيـل قانون العرض والطلب.

(٧) بيع النجش : وهو الزيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع لا ليشتريها بل ليغري بذلك غيره، وهو صحيح وفيه الخيار للمشتري عند الحنابلة والمالكية، ومكـروه تحريماً عند الحنفية، وصحيح مع الإثم عند الشافعية. وسـبب المنـع الإضـرار بقانون العرض والطلب ومحاولة رفع الأسعار (٣).

(٨) البيع وقت النداء لصلاة الجمعة، مكروه تحريماً عند الحنفية، صحيح حرام عنـد الشافعية، يفسخ عند المالكية، ولا يصح أصلاً عند الحنابلة (٤).

(٩) بيع العنب لعاصر الخمر: باطل عند المالكية والحنابلـة، صـحيح مكـروه عنـد الشافعية والحنفية.

(١) "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٢٦/٢).

(٢) "حاشية ابن عابدين" (١٠٦/٥ - ١٠٧) ، "اللباب في شرح الكتاب" للغنيمي (١٩٩/١)، "القوانين الفقهيـة" لابن جزي ص ٢٥٨.

(٣) انظر المصادر السابقة.

(٤) "حاشية ابن عابدين" (١٠٦/٥ - ١٠٧) ، "اللباب في شرح الكتاب" للغنيمي (١٩٩/١)، "القوانين الفقهيـة" لابن جزي ص ٢٥٨.

(١٠) بيع الإنسان على بيع أخيه: أجمع العلماء على تحريم هذا النوع من البيوع (١).

(١١) البيع والشرط : وهو الذي يسميه الفقهاء بيع الثنيا.

ففال الحنفية يفسد البيع بالشرط الفاسد. وقال المالكية : يبطل العقد والـشرط إن اقتضى الشرط منع المشتري من تصرف عام أو خاص.

وقال الشافعية إنه يصح العقد والشرط إن كان فيه مصلحة لأحد العاقدين. ويبطل البيع إن كان الشرط منافياً لمقتضى العقد .

وقال الحنابلة إنه لا يبطل البيع بشرط واحد فيه منفعة لأحـد العاقـدين، ويبطـل بالشرطين (٢).

(١٢) الجمع في صفقة واحدة بين البيع وبين أحد ستة عقود: وهي الجعالة والـصرف، والمساقاة، والشركة، والنكاح، والقراض (المضاربة). وهو فاسـد ممنـوع فـي المشهور عند المالكية ونقل ابن جزي أن ذلك وفاقاً للشافعي وأبي حنيفة (٣).

---

(١) المصادر السابقة في مواضعها.

(٢) "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٥٠٨/٥- ٣٥٠٩)، "القوانين الفقهية" لابن جزي ص ٢٥٨.

(٣) " القوانين الفقهية" لابن جزي ص ٢٥٨.

علل المنع المشتركة في البيوع المنهي عنها

يجب خلو عقد البيع من العيوب الستة وهي: التوقيت، والغرر، والضرر، والشروط المفسدة ، والجهالة، والإكراه .

أولاً : الجهالة :

يراد بها الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى نزاع بين المتعاقدين. وهي أربعة أنواع :

١- جهالة المبيع جنساً أو نوعاً أو قدراً بالنسبة للمشتري.

٢- جهالة الثمن : فلا يصح بيع الشيء بثمن مثله.

٣- جهالة الآجال : كما في الثمن المؤجل أو خيار الشرط فيجب أن تكـون المـدة معلومة وإلا فسد العقد.

وأرى أن الجهالة في عصرنا قل نطاقها بتطور علم المواصـفات والمقـاييس وتوثيق العقود بما لا يدع مجالاً للنزاع.

٤- الجهالة في وسائل التوثيق: كما لو اشترط البائع تقديم كفيـل أو رهـن بيـت فيجب أن يكونا معينين وإلا فسد العقد.

ثانياً : الإكراه: وهو حمل المستكره على أمر يفعله وهو نوعان:

١- إكراه ملجئ أو تام : وهو الذي يجد المستكره نفسه مضطراً به لفعل الأمر المكره عليه، وذلك كالتهديد بالقتل.

٢- إكراه غير ملجئ أو ناقص: كالتهديد بالحبس أو الضرب أو إيقاع الظلم به كمنـع ترقية أو وظيفة أو إزالة درجة.

والإكراه بنوعيه يؤثر في البيع فيجعله فاسداً عند جمهور الحنفية (١).

---

(١) "حاشية ابن عابدين" (٥٣٦/٤)، "المدخل الفقهي العام" للزرقا (٣٦٨/١).

ثالثاً : التوقيت :

هو أن يوقت البيع بمدة كما لو قال: بعتك هذا الثوب شهراً أو سنة فيكون البيع فاسداً (١).

رابعاً : الغرر:

المراد به غرر الوصف كما لو باع بقرة على أنها تحلب رطلاً ، لأنه موهوم التحقق فقد ينقص.

وأما غرر الوجود فهو مبطل للبيع، وهو ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم كبيع نتاج النتاج، وبيع الحمل الموجود.

وأرى أن في زماننا الحالي كثيراً من السلع يمكن التعاقد على إيجادها بناء على مواصفات دقيقة قد تصنع وأيضاً مواصفات لوقائع إن وقعت حسب الشروط والمواصفات المرجحة يمكن أن لا يقوم عليها تنازع.

خامساً: الضرر:

يراد به ما إذا كان تسليم المبيع لا يمكن إلا بإدخال ضرر على البائع.

سادساً: الشرط المفسد:

هو كل شرط فيه منفعة لأحد المتبايعين، إذا لم يكن قد ورد به الشرع، أو جرى به العرف ، أو يقتضيه العقد ، أو يلائم مقتضاه .

---

(١) "حاشية ابن عابدين" (٥٣٨/٤).

تطبيقات القواعد الفقهية على بحث البيع :

١ - قاعدة : (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام)

اشترى رجل من سمسار في سوق رأس المال (٢٠٠٠ سهم) ورهنها لدى السمسار مقابل أن يقرض السمسار المشتري قيمة شراء (١٥٠٠ سهم) أخرى بفائدة ٥% سنوياً ، وأودع الجميع لدى السمسار لحين ارتفاع أسعار الأسهم وبيعها فهنا أفسد الربا العقد فتغلب الحرام على الحلال .

٢- قاعدة : (إذا زال المانع عاد الممنوع)

أ - إذا اشترى شخص شيئاً وبعد حصول عيب حادث في ذلك الشيء اطّلع على عيب قديم فيه، فحينئذ لايجوز للمشتري رد المبيع، بل له الرجوع على البائع بنقصان الثمن.
فإذا زال ذلك العيب الحادث المانع من رد المبيع فللمشتري بعد أن يعيد للبائع نقصان الثمن رد المبيع بالعيب القديم .

ب - إذا اشترى شخص فرساً من آخر بخيار الرؤية . وبعد قبض المبيع ولدت عنده ، فليس للمشتري رد المبيع بخيار الرؤية . أما إذا مات المهر المولود فيكون قد زال المانع فيعود للمشتري حق الخيار .

ج - إذا غرس المشتري أشجاراً في الأرض المشتراة أو أنشأ فيها بناء ، فلا يحق للبائع طلب فسخ البيع بدعوى وجود فساد في العقد ، لأن ذلك موجب لضرر المشتري ، إذ إنه يقتضي أن يقلع أشجاره أو يهدم بناءه .
أما إذا خلعت الأشجار أو هدم البناء بآفة فيحق للبائع أن يدعي بفساد البيع ، ويطلب فسخ العقد لزوال المانع . (١)

٣- قاعدة : (الأصل في العقود الصحة) :

أ - لو ادعى أحد العاقدين صحة البيع ، وادعى الآخر فساده باختلال ركن أو شرط على المعتمد ، كأن ادعى أحدهما رؤيته وأنكرها الآخر ، فالأصح تصديق مدعي الصحة بيمينه غالباً ، لأن الظاهر في العقود الصحة ، وأصل عدم العقد الصحيح يعارضه أصل عدم الفساد في الجملة . (٢)

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - علي حيدر - الجزء الأول - المادة (٢٤)

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج - ابن حجر الهيتمي - الجزء الرابع - باب اختلاف المتبايعين .

ب - إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المبيع ، فالقول هو قول مثبتها لأنه الموافق لقاعـدة أن القول قول مدعي الصحة ، ولأن إقدام المنكر على العقد اعتراف منه بصحته ففيه تكذيب لدعواه ، ولأن الأصل في العقود الجارية بين المسلمين الصحة كما صرحوا به . (١)

٤- *قاعدة : (الأوصاف لاتقابل بالثمن)*

إذا هلك بعض المبيع قبل القبض ينظر إن كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً فينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن .

وإن كان النقصان نقصان وصف كالجودة في المكيل والموزون لاينفسخ البيع أصلاً ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن ، لأن الأوصاف لا حصة لها من الـثمن ، إلا إذا ورد عليهـا القبض لأنها تصبح مقصودة بالقبض ، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع المبيـع وإن شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض . (٢)

٥- *قاعدة : (إذا حرم الشيء حرم ثمنه) :*

أ - منع الفقهاء بيع دهن نجس كشحم ميتة لأنه بعضها ، أو دهن متنجس كزيت وسيرج لاقتـه نجاسة لأنه لا يطهر بغسل ، أشبه نجس العين ، فلا يجوز بيعه ولو لكـافر، لأنـه إذا حـرم شيء حرم ثمنه ، لحديث : " إن ا إذا حرم شيئاً حرم ثمنه " (٣)

ب - بنى رجل دكاناً وأجرها لبائع خمر ، فباع هذا الخمر ودفع منه الأجرة فيحرم أخذها لأنه إذا حرم الشيء حرم ثمنه .

٦- *قاعدة : (الأصل في الصفات العارضة العدم) :*

أ - لو اشترى شخص فرساً واستلمه ، فادعى أن فيه عيباً قديماً ، وادعى البائع سـلامته مـن العيوب، فالقول للبائع مع اليمين . لأن الصحة من الصفات الأصلية والأصل فيها الوجود.

ب - لو باع شخص لآخر بقرة ، ثم طلب المشتري ردها لكونها غير حلوب ، والبائع أنكر وقوع البيع على هذا الشرط، فالصفة الأصلية في البقرة كونها غير حلوب ، وصفة الحلب طارئة، فالقول هنا للبائع الذي يدعي عدم حصول هذا الشرط ، وعلى المشتري الذي يدعي خـلاف الأصل إثبات مايدعيه .

ج - إذا حصل اختلاف بين البائع والمشتري على استلام المبيع ، فالقول لمنكـر الاسـتلام، لأن الاستلام أصل . (٤)

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى-ابن حجر الهيتمي-الجزء الثاني-الباب السابع:في حكم القاضي

(٢) بدائع الصنائع – الكاساني-الجزء الخامس-كتاب البيوع-فصل:في حكم البيع

(٣) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى-الرحيباني-الجزء الثالث-كتاب البيع-فصل شروط البيع

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - الجزء الأول - المادة (٩)

٧- قاعدة : (الأصل براءة الذمة) :

إذا اختلف البائع والمشتري في الصفة ، بأن قال المشتري : ذكرت في وصف الأمة أنهـا بكر مثلاً ، وأنكره البائع ، أو اختلفا في التغيير أي قال المشتري : إن المبيع الذي سبقت روايته تغير ، وأنكر البائع وقال كان على هذا الحال حين رأيته، فالقول قـول المـشتري بيمينه ، لأن الأصل براءة ذمته من الثمن . (١)

٨- قاعدة : (الأصل بقاء ما كان على ما كان) :

إن وقع الاختلاف بين المتبايعين في قبض الثمن أو في قبض السلعة ، فالأصل بقاء السلعة في يد البائع والثمن في ذمة المشتري إذ (الأصل بقاء ماكان على ماكـان) وهذا مالم يحصل إشهار من المشتري بالثمن بدليل مابعده . (٢)

٩- قاعدة : (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) :

يكون رجحان الصراحة على الدلالة عند حصول معارضة بينهما قبل ترتب حكـم مـستند على الدلالة ، أما بعد العمل بالدلالة وترتب الحكم وجريانه استناداً عليهـا فـلا اعتبـار للصراحة .

مثال ذلك : لو قال شخص لآخر بعتك هذا الفرس فعلى الثاني أن يقبل في الحال ويقول : قد اشتريت بدون وقوع إعراض منه حتى يصح العقد ، وعلى البائع أو المـشتري بعـد حصول الإيجاب أن يقول : بعت أو اشتريت قبل أن يشتغل بشغل آخر، فإذا لم يقل أحدهما ذلك بعد الإيجاب واشتغل بأمر يدل على الإعراض فيصبح الإيجاب باطلاً ، لأن الإعـراض الدال على عدم الرغبة حكم أبطل الإيجاب السابق ، ورجحان الصريح على الدلالة يكـون فيما لو تعارضا فقط . (٣)

١٠- قاعدة : (للأكثر حكم الكل) :

بيع الثمر الذي لم يبرز منه شيء بيع باطل .

وبعض الفقهاء يشترط لجواز هذا البيع : أن يكون الثمر الذي ظهر أكثر مما لـم يظهـر ليكون (للأكثر حكم الكل) وبعض العلماء لايشترط هذا الشرط . (٤)

---

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع - البهوتي - الجزء الثالث - فصل : شروط البيع .

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي - الجزء الخامس - فصل اختلاف المتبايعين .

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - الجزء الأول - المادة (١٣)

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - الجزء الأول - المادة (٢٠٧)

١١ - قاعدة : (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) :

كان عند الفقهاء المتقدمين أنه إذا اشترى أحد داراً اكتفى برؤية بعض بيوتها ، وعند المتأخرين : لابد من رؤية كل بيت منها على حدته ، وهذا الاختلاف ليس مستنداً إلى دليل ، بل هو ناشيء عن اختلاف العرف والعادة في أمر الإنشاء والبناء ، وذلك أن العادة قديماً في إنشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية وعلى طراز واحد ، فكانت على هذا رؤية بعض البيوت تغني عن رؤية سائرها ، وأما في هذا العصر فإذا جرت العادة بأن الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والحجم لزم عند البيع رؤية كل منها على الانفراد . (١)

١٢ - قاعدة : (السؤال معاد في الجواب) :

أ - لو باع شخص بطريق الفضول مالاً لآخر ، وبلغ البائع صاحب المال ، وبينما هو يفتكر في ذلك سأله سائل قائلاً : هل تأذنني بإجازة ذلك البيع ؟ فأجابه بقوله: نعم فقوله بمعنى أذنتك بالإجازة فينفذ البيع .

ب - لو قال شخص لآخر قد بعتك داري بكذا مبلغاً .. وأجاب بقوله : نعم ، فيكون ذلك قبولاً منه بالبيع ، ويكون البيع منعقداً . (٢)

١٣ - قاعدة : (يغتفر في التابع مالا يغتفر في المتبوع) :

لو باع أرضاً وعلى مجرى مائها شجر فإن ملكه البائع فهي للمشتري ، وإن كان له حق الإجراء فقط فهي باقية للبائع ، فالمذهب أن ماذكر من البناء والشجر يدخل في البيع لقوته بنقله الملك فاستتبع دون الرهن لضعفه . (٣)

١٤ - قاعدة : (قد يثبت الفرع دون الأصل) :

البائع قبل القبض يضمن الزوائد دون المنافع ويجري ذلك فيما لو قال لآخر : دابتي تحت يدك ببيع ، فأنكر وحلف فلا أجرة له عليه لاعترافه بأنها ملكه .

ونظير ذلك : ما لو طالبه بائعه بالثمن ، فقال : المبيع لزوجتك ، فله أخذه منه ، ثم لها انتزاع المبيع منه لإقراره ، ولا رجوع له بالثمن على البائع ، لأنه بشرائه منه مصدق له ولو قال : نعم لها لكنها وكلتني ، أجبر المشتري على دفع الثمن إليه ، لأنه بشرائه منه مقر بصحة قبضه . (٤)

---

(١) [درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - الجزء الأول - المادة (٣٩)]

(٢) [درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - الجزء الأول - المادة (٦٦)]

(٣) [تحفة المحتاج في شرح المنهاج - الجزء الرابع - باب بيع الأصول والثمار]

(٤) [تحفة المحتاج في شرح المنهاج - ابن حجر الهيثمي - الجزء الرابع - باب اختلاف المتبايعين]

١٥- قاعدة : (الكتاب كالخطاب) :

أ - وينعقد (البيع) بكل لفظ ينبيء عن التحقيق كبعت أو اشتريت أو رضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا والإرسال (والكتاب كالخطاب) حتى يعتبر مجلس أدائهما ، وليس له أن يقبل بعض المبيع دون البعض وإن فصل الثمن إلا إذا كرر البائع لفظه بعت مع ذكر الثمن لكل واحد . (١)

ب - إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شـاء رد ، وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه ، وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطـال حق الغير ، وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت سـاعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر ،الكتاب كالخطاب وكـذا الإرسال حتـى اعتبـر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة . (٢)

ج - وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة ، وصورة الكتابـة أن يكتب إلى رجل : أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب وقـرأه وفهـم مافيه قبل في المجلس صح البيع (لأن الكتاب كالخطاب) . (٣)

د - إذا كتب شخص تحريراً معنوناً ومرسوماً إلى شخص غائب قائلاً فيه : إنني قد بعت منك المال الفلاني بكذا قرشاً وقبل المرسل إليه المبيع بذاك المبلغ في مجلس قراءة الكتـاب ، أو حرر كتاباً للبائع ينبئه بالقول ينعقد البيع . (٤)

١٦- قاعدة : (البقاء أسهل من الابتداء) :

تعاقد شخص مع شركة على إنشاء محطة كهرباء بمولدين ، وبعد انتهاء العمل وتسليمه ظهر أن أحد المولدين فيه عيب ، فله أن يعيده لأن البقاء أسهل من الابتداء

---

(١) [تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - الزيلعي - الجزء الرابع - كتاب البيوع] .

(٢) [نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية - الزيلعي - الجزء الرابع - كتاب البيوع] .

(٣) [الفتاوى الهندية - الشيخ نظام - الجزء الثالث - الفصل الأول فيما يرجع إلى انعقاد البيع] .

(٤) [درر الحكام - الجزء الأول - المادة (٦٩)] .

١٧ - قاعدة : (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط) :

لو قال شخص لآخر : إن فلاناً باع مني مالك الفلاني بكذا ، فقال : إذا باعه منك بهذا الثمن فإنني أجيز البيع ، فإذا ثبت أن المال المذكور بيع بذلك الثمن أو بأكثر منه تصح الإجازة . (١)

١٨ - قاعدة : (الضرر لايزال بالضرر) :

أ - ولو باعه شيئاً وسلمه إلى المشتري فرهنه ثم أفلس فليس للبائع الرجوع في عين ماله ، لأن في ذلك إضراراً بالمرتهن (والضرر لايزال بالضرر) .

ب - ولو اشترى أرضاً (فغرس) فيها أو بنى ، ثم أفلس فليس للبائع الرجوع فيها ، ويبقى الغراس والبناء للمفلس في الأظهر ، لأنه ينقص قيمتها ، ويضر بالمفلس والغرماء (والضرر لايزال بالضرر) . (٢)

١٩ - قاعدة : (العادة محكمة) :

اختلف الفقهاء في الحكم الشرعي لبيع الوفاء .

فذهب المالكية والحنابلة والمتقدمون من الحنفية والشافعية إلى : أن بيع الوفاء فاسد ، لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري يخالف مقتضى البيع وحكمه ، وهو ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام . وفي هذا الشرط منفعة للبائع ، ولم يرد دليل معين يدل على جوازه ، فيكون شرطاً فاسداً يفسد البيع باشتراطه فيه .

ولأن البيع على هذا الوجه لا يقصد منه حقيقة البيع بشرط الوفاء ، وإنما يقصد من ورائه الوصول إلى الربا المحرم ، وهو إعطاء المال إلى أجلٍ ، ومنفعة المبيع هي الربح ، والربا باطل في جميع حالاته .

وذهب بعض المتأخرين من الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء جائز مفيد لبعض أحكامه ، وهو انتفاع المشتري بالمبيع - دون بعضها - وهو البيع من آخر .

وحجتهم في ذلك : أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس وتعاملوا به لحاجتهم إليه ، فراراً من الربا ، فيكون صحيحاً لايفسد البيع باشتراطه فيه . (٣)

---

(١) [درر الحكام - الجزء الأول - المادة (٨٢)]

(٢) [المنثور في القواعد الفقهية] -الزركشي-الجزء الثاني

(٣) [الموسوعة الفقهية - (بيع)] .

٢٠- قاعدة : (إذا ضاق الأمر اتسع) :

احتاجت دولة لبناء جسر بمبلغ (١٠٠ مليون ريال) وأرادت إصدار سندات بفائدة محددة ، ومعلوم أن هذا حرام . فاشار عليهم مختص بأن تتفق مع أحد البنوك على بناء هذا الجسر وقيام الدولة باستئجاره إجارة تنتهي بالتملك فيصح لأن الأمر إذا ضاق اتسع .

٢١- قاعدة : (العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني) :

أ - ذهب بعض الحنفية إلى : أن بيع الوفاء رهن وليس ببيع ، فيثبت له جميع أحكام الرهن فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به ، ولو استأجره لم تلزمه أجرته ، كالراهن إذا استأجر المرهون من المرتهن ، ويسقط الدين بهلاكه ولا يضمن ما زاد عليه ، وإذا مات الراهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء .

وحجتهم في ذلك : أن العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني ، ولهذا كانت الهبة بشرط العوض بيعاً ، وكانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، وأمثال ذلك كثير في الفقه . (١)

ب - تحول البيع الباطل إلى عقد آخر صحيح :

لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول ، فهو إقالة بلفظ البيع ، وخرجه السبكي على القاعدة ، والتخريج للقاضي حسين .

قال : إن اعتبرنا اللفظ لم يصح ، وإن اعتبرنا المعنىفإقالة ، وهو بيع فاسد لأنه وقع على المبيع قبل أن يقبض ، ولكنه مع ذلك يتحول إلى إقالة صحيحة ، إذ يشتمل العقد على جميع عناصر الإقالة .

وفي مذهب مالكٍ : أن من باع عقاراً أو غيره وشرط على المبتاع أن لايبيعه ولا يهبه حتى يعطيه الثمن فلا بأس بهذا ، لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى .

وهكذا يجري حكم تحول البيع الباطل إلى عقدٍ آخر صحيح ضمن القاعدة التي سبق ذكرها . (٢)

---

(١) [الموسوعة الفقهية - (بيع)] .

(٢) [الموسوعة الفقهية - (بيع)] .

٢٢- قاعدة : (المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص) :

نص الحنفية على أن : من أطلق الثمن في البيع عن ذكر الصفة دون القدر ، كأن قال : اشتريت بعشرة دراهم ، ولم يقل بخاريةٍ أو سمرقنديةٍ ، وقع العقد على غالب نقد البلد ، أي ينصرف إلى المتعامل به في بلده . وبه قال الشافعية والمالكية والحنابلة .

وحجة هذا القول : أن المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص ، لاسيما إذا كان فيه تصحيح تصرفه .

ويبني الحنفية على هذه القاعدة أنه إن كانت النقود مختلفة في المالية كالذهب المصري والمغربي ، فإن المصري أفضل في المالية من المغربي ، وكانت متساوية في الرواج ، فالبيع فاسد ، لأن مثل هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، فالمشتري يريد دفع الأنقص مالية ، والبائع يريد أخذ الأعلى ، فيفسد البيع إلا أن ترفع الجهالة ببيان أحدهما من المجلس ويرضى الآخر ، لارتفاع المفسد قبل تقرره . (١)

٢٣- قاعدة : (العرف الجاري في المعاملات كالمشروط في العقد) :

ولا يجب على البائع التسليم للمبيع إلى موضع العقد وإنما الواجب أن يسلم المبيع حيث هو إلا أن يشرط عليه تسليمه إلى موضع العقد لزمه الوفاء به ويكون العقد قد انطوى على بيع وإجارة ، وكذا لو جرى العرف بذلك لزمه أيضا أن يسلمه إلى موضع العقد .

وأما الثمر فيجب تسليمه إلى موضع العقد ولعل الفرق بين الثمن والمبيع يتعين بخلاف الثمن فلا يتعين فوجب تسليمه إلى موضع العقد .

ولا يجب أيضاً على البائع تسليم المبيع إلى منزل المشتري (إلا لعرف) جرى بذلك كما جرى في الحطب والحشيش والأخشاب حيث كانت محمولة فإن العرف جارٍ في المصر بأن يوصله البائع إلى منزل المشتري لأن العرف الجاري في المعاملات كالمشروط في العقد . (٢)

---

(١) [الموسوعة الفقهية - (ثمن)] .

(٢) [التاج المذهب لأحكام المذهب - الصنعاني - الجزء الثاني - كتاب البيع]

٢٤- قاعدة : (جهالة الثمن موجبة لبطلان البيع) :

فإن كان المبيع إناء من فضةٍ وزنه ألف وقيمته ألفان فكسره ، ثم علم به عيباً لم يجز له الرجوع بأرش العيب ، لأن ذلك رجوع بجزءٍ من الثمن ، فيصير الألف بدون الألف ، وذلك لا يجوز ، فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يغرم أرش الكسر . وحكى أبو القاسم الداركي وجهاً آخر أنه يرجع بالأرش لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرش لا اعتبار به . والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالأرش في غير هذا ، ولا يقال : إن هذا لايجوز ، لأنه يصير الثمن مجهولاً . وجهالة الثمن موجبة لبطلان البيع . (١)

٢٥- قاعدة : (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) :

أ - المبيع المطلق ينعقد معجلاً أما إذا جرى العرف في محلٍ على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً أو مقسطاً بأجلٍ ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل . مثلاً لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون أن يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزم عليه أداء الثمن في الحال أما إذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل بإعطاء جميع الثمن أو بعض معينٍ منه بعد أسبوعٍ أو شهرٍ لزم اتباع العادة والعرف في ذلك إذا كان البيع مطلقاً أي لم يذكر فيه تأجيل الثمن أو تعجيله فالبيع ينعقد على أن الثمن معجل لأن مقتضى البيع أن يكون الثمن معجلاً وإنما يثبت الأجل بالشرط أما إذا كان العرف في بلد تأجيل الثمن إلى وقتٍ معلومٍ فالبيع ينصرف إلى ذلك لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . (٢)

ب - ولو اصطلح أهل بلدةٍ على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم فاشترى رجلٌ منهم خبزاً بدرهمٍ أو لحماً فأعطاه البائع ناقصاً والمشتري لايعرف ذلك كان له أن يرجع بالنقصان إذا عرف لأن المعروف كالمشروط وإن كان المشتري من غير أهل تلك البلدة كان له أن يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم . (٣)

---

(١) [المجموع شرح المهذب - النووي - الجزء الحادي عشر - باب بيع المصراة] .

(٢) [درر الحكام - كتاب البيوع - الباب الثالث : المسائل المتعلقة بالثمن] .

(٣) [الفتاوى الهندية - كتاب الكراهية - الباب الخامس والعشرون] .

٢٦- قاعدة : (اليقين لا يزول بالشك) :

أ - لو اشترى أحد حيواناً أو متاعاً ثم ادعى أن به عيباً وأراد رده واختلف أهل الخبرة فقال بعضهم : هو عيب وقال بعضهم : ليس بعيب . فليس للمشتري الرد لأن السلامة هي الأصل المتيقن فلا يثبت العيب بالشك . (١)

ب - لا تجوز المجازفة في أموال الربا بعضها ببعض ، لأن حقيقة الربا كما هي مفسدة للعقد فاحتمال الربا مفسد له أيضاً ، لقول عبدالله بن مسعود رضي الله عنه : ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا وقد غلب الحرام الحلال ، والأصل فيه : أن كل ما جازت فيه المفاضلة جاز فيه المجازفة ، وما لا فلا ، لأن التماثل والخلو عن الربا فيما يجري فيه الربا لما كان شرط الصحة فلا يعلم تحقيق المماثلة بالمجازفة، فيقع الشك في وجود شرط الصحة ، فلا تثبت الصحة على الأصل المعهود في الحكم المعلق على شرطٍ إذا وقع الشك في وجود شرطه أنه لا يثبت ، لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك ، [كما أن الثابت بيقين لا يزول بالشك] (٢) .

٢٧- قاعدة : (الضرورات تبيح المحظورات) :

تعاقدت شركة مع إحدى الدول على بناء ، وتم الاتفاق على دفع الثمن عند الانتهاء من البناء ، ولكن موظفي الدولة ماطلوا في تسليم قيمة العقد ، وطلبوا رشوة مقابل ذلك ، ولم تجد الشركة حلاً إلا أن تدفع تلك الرشوة لتحصل على حقها ، ويغتفر ذلك لأن الضرورات تبيح المحظورات .

---

(١) [الموسوعة الفقهية - (شك)].

(٢) [بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني - الجزء الخامس - كتاب البيوع ، فصل : في شرائط جريان الربا في البيع] .

البيوع المستحدثة :(*)

أولاً : عقد الامتياز :

هذا العقد مستحدث ، يستخدم في العالم من قبل الحكومات لإنجاز مشاريع كبيرة ، كالتنقيب عن المعادن ، وتعبيد الشوارع وبناء الجسور ... إلخ بغية تنمية البلاد وتطويرها .

وقد تعجز الحكومة عن تنفيذ ذلك ، فتمنح بعض الشركات الكبيرة حقاً في إنجاز المشروع على نفقتها ، ويمكن أن تساعد الحكومة ببعض المال ، ثم يكون للشركة حق الاستفادة من إيراد المشروع مدة محدودة ؛ كفرض رسم على مرور وسائل النقل فوق الجسر أو خلال النفق وبذلك يتسنى للشركة خلالها تغطية نفقاتها ، وتحقيق ربح مناسب، ثم تسلم الشركة الحكومة هذا المشروع .

التكييف الفقهي :

الأول : على قاعدة عقد الاستصناع .

والثاني : بتأجير الحكومة الأرض إلى الشركة لتبني عليها المشروع وتستغله مدة محدودة ، وأجرة الأرض هي البناء .

والثالث : يتم الاتفاق بين الحكومة والشركة على تنفيذ بناء جسر مثلاً ، وفقاً لمخطط مدروس في موقع محدد عرفت صلاحيته هندسياً ، على أن يكون أجر بنائه استثماراً من قبل الشركة مدة محددة ، بأن تفرض الشركة على كل سيارة تمر فوق الجسر أجراً محدداً.

ويرى الباحث أنه يمكن قياسها على عمل المصطفى صلى ا عليه وسلم مع بني النضير وذلك بالزراعة على شطر الناتج . وكذلك فعل عمر بن الخطاب رضي ا عنه بأرض السواد ، وعليه أيضاً تنطبق القاعدة الفقهية : (استعمال الناس حجة يجب العمل بها) .

(*) للتوسع في هذا المبحث انظر : كتاب (البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شـرعيتها) للـدكتور محمـد توفيـق رمضان البوطي (١٧٩-٢٤٨) ، ومجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة ، وفتاوى ندوات دله البركة الفقهية .

وقد صدرت فتوى عن ندوة البركة الثالثة عشرة حول عقد الامتياز ، وهذا نصها :

يختلف التكييف الشرعي لعقود الامتياز تبعاً لمحل العقد (نشاط المـشروع الـذي يبـرم العقـد لإنجازه) :

أ - فإذا كان محل عقد الامتياز إقامة مشروع فيه مبان ومعدات تكلف أموالاً تزيد كثيراً عـن قيمة الأرض ، وذلك كبناء جسر أو إنشاء محطة كهرباء أو مياه ، أو تعبيد طريق ، فإن العلاقة بين الدولة (مانحة الامتياز) وصاحب الامتياز يمكن أن تكون علاقـة استـصناع، والثمن فيه هو الانتفاع بالمشروع مدة معلومة . ولابد أن تكون رسوم الانتفـاع عادلـة وغير مجحفة بمستخدمي المشروع .

ورأى بعض الفقهاء المشاركين في الندوة أن الأولى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معـين يغطي تكاليف المشروع وربح صاحب الامتياز ، مع تمكينه من استغلاله المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ .

ورأى البعض إمكان تخريج هذا العقد على أساس الإقطاع لصاحب الامتياز إقطاع انتفـاع لمدة معينة ثم تؤول المنشأة بعدها إلى الدولة .

ب - وإذا كان محل عقد الامتياز التنقيب عن المعادن فإن التكييف الشرعي المناسـب هـو أن يكون العقد من قبيل إجارة الأرض بجزء مما يخرج منها ، وذلك قياساً علـى المزارعـة ببعض الزرع .

ج - يمكن تكييف بعض عقود الامتياز على أساس المشاركة المتناقصة بين الدولة وصـاحب الامتياز ، بحيث يتم التنفيذ بمساهمة من الطرفين ثم تشتري الدولة حصة صاحب الامتياز تدريجياً باتفاق آني عند شراء كل حصة .

ملاحظة : هذه التخريجات إنما هي في الاطار العام ، ولا بد من النظر في كل عقد علـى حـدة والتدقيق في محتوى بنوده لتحديد التكييف الصحيح له . (١)

ثانياً : بيع البيوت على المصورات :

شاعت في هذا العصر عملية بيع البيوت والمخازن ونحوها على المصورات ، والذي دفـع الناس إلى ذلك ، بالاضافة إلى مايسمى بـ (أزمة السكن) الرغبة في سعر أدنى من جهة ، وعجز المشتري عن شراء البيت بدون تقسيط ثمنه ، وعجز البائع أحيانـاً عـن تمويـل مشروع سكني بكامله بمفرده .

(١) فتاوى ندوات دلـه البركة الفقهية (٢٢٠ - ٢٢١) .

وقد نص مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الـسادس بجـدة مـن ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آذار ١٩٩٠م في قراره ذي الـرقم (٦/١/٥٢) وفـي البند (د) منه ، وفي معرض بيانه للطرق المشروعة لتوفير المسكن :

(إن تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع - على أساس اعتباره لازماً - وبـذلك يـتم شراء المسكن قبل بنائه ، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنـزاع، دون وجـوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها ، مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميزوه عن عقد السلم). (١)

ويـرى الباحث أنه يمكن تخريج هذه العملية على البيع الموصوف في الذمة ، فالمتعاقـد عليه محدد المواصفات تحديداً ينفي الجهالة ويقطع الخصومة ، وكذلك الثمن محدد ويـدفع جزء منه مقدماً والباقي على أقساط . ولأن هذا العقد مما يحتاج إليه الناس فتنطبق عليـه القاعدة الفقهية : (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) .

ثالثاً : البيع على البرنامج :

البرنامج : هو الدفتر المكتوب فيه صفة المبيع الموجود لكنه غير مشاهد ، ولكـي يتحقـق شرط العلم به ضمن البائع أوصافه في الدفتر المسمى بالبرنامج .

ولقد شاع اليوم البيع على الوصف المتضمن في (الكاتالوك) أو (البروشور) كمـا يـسميه التجار ، والذي يتضمن صورة أو صوراً للمبيع ، وأوصاف المبيع مفصلة ودقيقة بصورة لا تمكن للرؤية المباشرة أن تحققها ، مع بيان كيفية الاستخدام والصيانة ، وبيان الطاقة وقوة التحمل بالأرقام والمعايير .

ويـرى الباحث : أن المبيع إذا كان حاضراً لدى التاجر فهو بيع عادي لأن (الكتـالوك) أو دفتر المواصفات هو لزيادة إيضاح مواصفات المبيع . أما إذا كان المبيع سوف يستورد أو يصنع فهو بيع السلم وكلاهما مرخص فيه لاحتياج الناس إليه في معاملاتهم وتنطبق عليه القاعدة الفقهية : (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) .

(١) انظر مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة ، العدد ٦ ، الجزء ٢ لعام ١٤١٠هـ ، والفقه الإسلامي وأدلته د. وهبة الزحيلي ، ٥٦٩/٩ .

رابعاً : البيع على الأنموذج :

لقد جرت عادة كثير من المؤسسات التجارية والصناعية اليوم على إرسال عينات ونماذج لمنتجاتها على شكل قطع صغيرة ، أو نماذج مصغرة عن الأصل ، كتاك التي تتضمن نماذج من منتجات الأقمشة أو الموكيت ، أو نماذج مصغرة لبعض منتجات العطور أو الصابون ونحوها .

ويعرضونها في معارضهم الخاصة أو يرسلونها إلى الأسواق لترويجها ، وقد يرفقون بها أيضاً دليلاً للألوان أو الأصناف المتوفرة ، يرمزون لكل لون أو صنف برقم .

إن ظاهر كلام الفقهاء يصحح العقد ، بشرط أن يكون النموذج جزءاً من المبيع ، كظاهر الصبرة ووجه إناء الزيت والسمن والبعض المأخوذ من المراد بيعه .

وذلك يعني أن يجري عقد البيع على النموذج كجزء من الأصل المراد بيعه ، شريطة أن يكون المبيع مثلياً ، أي متساوي الآحاد ، أو يدل الجزء منه على سائره وأن يكون مما يمكن ضبطه بالوصف ، بحيث يتساوى اتصاف بقية المبيع به سواء أكان آحاداً أم نحوها كالقمح والشعير مثلاً.

ثم إن كان المبيع موافقاً في وصفه للأنموذج ، لزم البيع ولا خيار للمشتري في رده. أما إن جاء أردأ مما رأى كان له الرد بخيار العيب .

ويرى الباحث : أن البيع على النموذج يشمل أيضاً البيع على الماكت وهو مجسم صغير يطابق شكل المبيع فهو لزيادة توضيح المواصفات . وفي هذا مصلحة للمشتري ودفع للجهالة ، وتنطبق عليه القاعدة الفقهية : (الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر) فهذا النموذج هو وصف لغائب معتبر . والبيع على هذا النحو إن كانت البضاعة حاضرة فهو بيع عادي ، أما إذا كانت السلعة مؤجلة التسليم فهو سلم أو استصناع .

خامساً : بيع الحقوق الاعتبارية والأدبية :

أعني بالحقوق الاعتبارية تلك الحقوق التي تختص إنساناً ما ، أو جهة معينة ، مما لم تعرف لها قيمة مالية قبل هذا العصر ، وغدت اليوم ذات قيمة مالية ؛ كالاسم التجاري مثلا.
وأعني بالحقوق الأدبية نوعا من تلك الحقوق ، يتعلق بالإنتاج الفكري والفني والعلمي للإنسان ، والتي كفلت دساتير العالم المعاصر حمايتها في إطار حماية حقوق الإنسان الشخصية .

أ - حق التأليف

إن العمل العلمي المتمثل في تأليف كتاب ، أو نظم شعر ، أو ابتكار صيغة علمية مفيدة ، أو اختراع جهاز ، أو اكتشاف حقيقة علمية كانت خفية ، أو إبداع فني ، أو نحو ذلك : حق لمن أنتجه ، وملك له . ويترتب على ذلك أمور ، من أبرزها :

- أن هذا العمل يجب أن ينسب إلى صاحبه ولا حق لغيره أن ينتحله لنفسه ، لأن ذلك خيانة محرمة . كما أنه ليس من حق صاحب العمل أن ينسبه إلى غيره لأنه من الكذب.
- أن الأمانة العلمية تقتضي أن ينسب أي شكل من أشكال الاستفادة من عمل علمي للآخرين، إلى المصدر الذي استفيد منه .
- أن من حق صاحب هذا الانتاج العلمي أو الأدبي أو الفني أن يسجل سبقه هذا ، بالطرق المتعارف عليها ، كابداع نسخة أو أكثر - مثلا - من إنتاجه من المكتبة المتخصصة بذلك، أو بتسجيل براءة الاختراع لدى الجهة المختصة .
- أن هذا السبق العلمي أو الأدبي أو الفني ملك لصاحبه بمعنيين :
  * بالمعنى الأدبي بأن لاينتحل من قبل الآخرين .
  * بالمعنى المادي : بأن يملك صاحبه أن يستثمره لنفسه ، أو يسمح لغيره بأن يستثمره لنفسه ، أو بأن يجعله مباحاً يملك من شاء أن يستفيد منه .

تكييفها الفقهي :

إن أي إنتاج علمي أو إبداع فني أو ابتكار صناعي ، لابد له من وعاء يحتويه . ويتمكن الناس ، من خلاله ، من الاطلاع عليه والاستفادة منه .
هذا الوعاء قد يكون (كتاباً) ، وقد يكون (لوحة) ، كما قد يكون (شريطاً مسموعاً أو مرئياً) ، كما يمكن أن يتمثل في رقائق الحاسوب (CD) ونحو ذلك .

إن الباحث الذي ألف كتاباً ، بحث وقرأ ، وفكر وحقق ، وناقش وأنفق المال والوقت وسافر ... حتى وصل إلى حقائق مهمة وأفكار مفيدة ونتائج مقنعة ، كل ذلك كان حبيس الفكر

حتى أخرجه في كتاب ، ليمكن أن يصل إلى أذهان وعقول الآخرين ، وليحقق المنفعة المرجوة .

هذه الأفكار والحقائق والنتائج هي حصيلة جهده وعمله وسهره وبحثه ... لذلك فهي حقوقه الخاصة التي يحرص عليها ، ويدافع عنها . ويزعجه أن تنتزع منه بأن ينتحلها إنسان لنفسه ويدعيها له ؛ بينما لم يجتهد في تحصيلها ولا بحث ولا أنفق المال والوقت في سبيلها .

إن هذه المادة العلمية حق لمؤلفها لا يجوز لأحد أن ينتحلها لنفسه ، وكذلك لا يجوز أن يستثمرها غيره . وإن الناس عندما يقبلون على شراء هذا الكتاب ، إنما يقبلون على شرائه للمادة العلمية التي فيه . وليس لمجرد الورق والحبر والجلد .

وبناء على ذلك ، فإن هذه المادة العلمية حق لمؤلفها ، يحرم شرعاً أن يدعيها أحد لنفسه وهي حق لمؤلفها ، يملك أن يبيح للآخرين قراءتها من خلال طبع كتاب يتضمنها .
كما يملك أن يسمح للآخرين بتداولها ونشرها . كما أن لمؤلفها الحق في أن يستثمرها لنفسه ، وأن يمنع الآخرين من استثمارها .

أمثلة للتصرف :

أ - أن يبيح المؤلف ونحوه هذا الانتاج ، فيسمح لمن شاء أن ينتفع بقراءته أو طبعه ، وقد يشترط شروطاً تنسجم مع سلامة المضمون العلمي وصيانته ، وعندئذ فإن شروطه تؤخذ بعين الاعتبار .

ب - أن يبيع حق نشر هذا المؤلف لإحدى دور النشر مثلاً ، بقيمة معينة متفق عليها .

ج - أن يستأجر المؤلف ناشراً لطبع هذا الكتاب وتوزيعه ، مقابل أن تكون للناشر أجرة مقدرة بنسبة محددة من قيمة الكتاب الموضحة في العقد ، من كامل النسخ المطبوعة والمحدد عددها أيضاً . والأجر هنا غير مجهول ، مادام عدد نسخ الكتاب معروفاً ، وقيمة النسخة معروفة أيضا .

د - أن يؤجر المؤلف الناشر هذا الكتاب لمدة محددة (أن يبيعه منفعة الكتاب مدة محددة) بقيمة معينة ، وهو مايمكن أن يوضح بما يلي :

هـ - أن يشتري الناشر حق نشر هذا الكتاب لمدة محددة ، بحيث ينقطع حق المؤلف بالتصرف بحقه في هذا الكتاب هذه المدة. كمن أجر داراً مدة سنة، مثلاً فهو قد باع بذلك منفعة هذه الدار لمدة سنة، ثم يعود البيت رقبة ومنفعة إلى صاحبه، وكذلك الكتاب .

(*) وما يمكن أن يقال في شأن الكتاب يقال أيضاً في شأن اللوحة الفنية (خط ، رسم ...) أو في البرامج العلمية التي تم إدخالها على رقائق الكومبيوتر (CD)، كما يمكن أن يقال أيضاً في شأن الابتكار الصناعي.

– ويرى الباحث : أن الحقوق الفكرية والاعتبارية أصبحت معلومة لدى الناس علماً ينفي الجهالة وهي معلومة عرفاً . ويمكن أن تنطبق عليها القاعدة الفقهية (المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص) . وطالما أن هذا الأمر تعلقت به حقوق لآخرين ناتجة عن جهد مباح بل مندوب وهو الحث على الفكر والإبداع مما يساهم في عمارة الأرض وأصبح بيعها معروفاً ، والقاعدة الفقهية تقول : (المعروف يوسع فيه مالا يوسع في غيره) خصوصاً وأن أوصافها محددة المعالم تحديداً ينفي الجهالة .

ب - بيع الاسم التجاري

الاسم التجاري :

تسمية أطلقها التاجر على منشأته التجارية تعريفاً بها وتمييزاً لهـا عـن غيرهـا مـن المنشآت التجارية ، وليتعرف المتعاملون معه على اللون المتميز من الـسلع وأسـلوب التعامل .

الصفة الشرعية والقانونية للاسم التجاري :

يعتبر الاسم التجاري حقاً للتاجر ، يمنح التاجر حق الاستعمال والاستئثار لتمييز منشأته ، ويمنع الآخرين من تقليده أو تزييفه أو الاعتداء عليه ، كالحق العيني .

ويعتبر الاسم التجاري من المنقولات المعنوية ، وتقاس قيمته بمقدار ما يحقق التاجر من الربح ، نتيجة استغلال المحل التجاري ؛ لأن الاسم التجاري هو العلامة المميـزة للمحـل ووسيلة اتصال العملاء بالمحل . (١)

إن هذا الاسم يحمل قيمة مادية تجاه طرفين :

تجاه التاجر لأنه يحقق له ربحاً بالإقبال على بضاعته وإنتاجه .

وتجاه المستهلك لأنه يوفر له السلعة الجيدة والراحة في التعامل .

وإذا كان هذا الاسم يحقق منفعة مادية واضحة لكلا هذين الطرفين ، فقد غدا هذا الاسـم إذن مالاً .

لبيع الاسم التجاري ضوابط ، تحفظ حق كلا الطرفين : التاجر الذي يبيع الاسم التجاري ، والمستهلك الذي يعتبر الركن الثاني لتكوين قيمة هذا الاسم التجاري .

ولبيع الاسم التجاري شرطان :

١- أن يكون المشتري لهذا الاسم متمتعاً بالمقومات التي حققت للبائع قيمة هذا الاسـم ، مما يمكن أن يضبط ويقع عليه الحس ، مثل : الأجهزة ، والمواد الأولية ، والخبـرة والمؤهلات ، ونحو ذلك.

---

(١) د. عجيل النشمي : الحقوق المعنوية (مبحث قدم إلى المجمع الفقهي الاسـلامي التـابع لمنظمـة المـؤتمر الاسلامي) عن د. محمد حسني عباس : التشريع الصناعي ، ص: ١٧٢ .

٢- أن يتم الإعلان بالوسائل المتوفرة عن تغير الجهة المنتجة للمنتجات التي تحمل هـذا الاسم التجاري أو السمة التجارية .

فاذا توافرت هذه الضوابط وتم الالتزام بها ، فإنه يبدو أنه لامانع من بيع الاسـم التجـاري شرعاً، وا أعلم .

ويـرى الباحث : أن الاسم التجاري اليوم مرتبط بمكان العمل ومافيه فإن كان مصنعاً فهو علم على هذا المصنع . ولتفشي شركات الأموال وفي أغلب الأحيان لا يمكن تحديد سـبب هذه الشهرة فيرتبط الاسم بالمحل فيصبح جزءاً من أصول المحل لذا يمكن بيعه . وعادة ما تحسب بمتوسط أرباح عدد من السنوات واستخراج المتوسط ثم يقارن مع متوسط أربـاح المحلات المشابهة ويكون الفرق هو معيار التميز في الربح فهو أمر معلوم يمكن قياسه في الغالب وإن في إهداره إهداراً لحق البائع وإلحاق الضرر به فيباح بيعه لأنه لم يشبه الغرر أو الجهالة طالما يمكن حسابه . وأرى أن القاعدة الفقهية التي يمكن تطبيقها : (ما أبـيح للضرورة يقدر بقدرها) .

وقد صدرت بشأن بيع الحقوق المعنوية فتوى من مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة تحت رقم : ٤٣ (٥/٥) جاء فيها :
إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويـت مـن ١ - ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ الموافق ١٠ - ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م ،
بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنويـة ، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله ،

قرر ما يلي :
أولاً : الاسم التجاري ، والعنوان التجاري ، والعلامة التجارية ، والتـأليف والاختـراع أو الابتكار ، هي حقوق خاصة لأصحابها ، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة ماليـة معتبرة لتمول الناس لها . وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً ، فلا يجوز الاعتداء عليها .
ثانياً : يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي ، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش ، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً .
ثالثاً : حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً ، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولايجوز الاعتداء عليها .

سادساً : بيع حق التملك الزمني (Time Share) :

وهو عقد يبرم بين المستنفع والمالك يوضح فيه أحقية المستنفع بالسكن في عين محـددة المستوى بالاضافة إلى مستوى تأثيث هذه العين .

وتظهر الحاجة لمثل هذا العقد للتخفيف على الفرد من أعباء استئجار مسكن في البلاد التي يقصدها بغرض السياحة .

وقد عرضت هذه الصورة على الفقهاء والمجتمعين في الحلقة الفقهية العاشـرة للبركـة ، وأفادوا : بأنه لامانع شرعاً من شراء حق التملك الزمني بالتعاقد على تملك منفعة العقـار لفترة زمنية معلومة المقدار غير معينة التاريخ مع ضبط مواصفات المباني ، وفـي حالـة تأجيرها يكون استيفاء المستأجرين للمنافع حسب الضوابط التي يضعها المؤجر بما يتـيح الانتفاع لجميع المستأجرين للفترات الزمنية المتعاقد عليها معهم .

والعين المؤجرة إما أن تكون مملوكة للمؤجر دون أن يراها المستأجر فتكون إجارة لعـين معينة موصوفة ، وإما ألا تكون مملوكة للمؤجر عند التعاقد لكنه سيحصل عليها عند ابتداء المدة فتكون إجارة موصوفة في الذمة .

وفي الحالتين لابد من ضبط المواصفات لنفي الجهالة المؤدية للنزاع .

ولامانع من إعادة تأجير تلك المنفعة للغير على أن يكون استيفاء المنفعة في حـدود عقـد الإجارة الأولى ، ولا مانع من أن يكون التأجير بأقساط مؤجلة وبأكثر من الأجرة المحـددة في عقد الإجارة مع مالك العين . (١)

ويرى الباحث أن بيع المنافع مباح . ولأن أكثر الناس في حاجة إلى مثل هذا الأمر فهـو يوفر لهم في أثمان الإيجار وليس فيه غرر أو جهالة من حيث العوضين فهو من المصالح المرسلة . وأرى أن هذا البيع قارب بيع المنافع المجاز أصلاً وخلا من العيوب فتنطبق عليه القاعدة الفقهية (ماقارب الشيء أعطي حكمه) وأيضاً هو لرفع الضيق عن الناس فيمكن أن تنطبق عليه القاعدة (إذا ضاق الأمر اتسع) .

(١) (الإجارة - إعداد الدكتور : عبدالستار أبو غدة - دله البركة - (١٦٩ - ١٨٠) ، وانظر : فتاوى ندوات البركة ، جمع وتنسيق الدكتور : عبدالستار أبو غدة ، والأستاذ عزالدين خوجة ص١٧١ .

سابعاً : مسألة بدل الخلو

(بدل الخلو) مصطلح شائع ، يدل باختصار على [حق البقاء في العقار المستأجر] .
لم يتفق الناس على تسمية مسألة (بدل الخلو) بهذا الاسم ، فالناس في الشام يسمونها (الفراغ أو الفروغ) ، وفي مصر تسمى بدل الخلو ، وفي المغرب تسمى الجلسة أو المفتاح. وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته أسماء أخرى مثل : الكدك أو الجدك ، والكردار وقد يكون ثمة بعض الاختلاف في مداول مصطلح عن مداول مصطلح آخر ، ولكنها إجمالاً تدور حول معان متقاربة.

وعلى الرغم من اختلاف الاسم الذي أطلق على (بدل الخلو) إلا أن معناه عند الفقهاء الذين ثار بينهم الجدل حول هذه المسألة ، من متأخري المالكية والحنفية ، هو : [ما يبذله المستأجر للمؤجر مقابل منحه حق البقاء في العقار مستأجر بأجر المثل بشروط معينة].
وقد قال ببطلانها ومنعها كثير من فقهاء المالكية .

بدل الخلو عند الحنفية :

أما ماذكره ابن عابدين في هذه المسألة بياناً لما ذكره في الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقد قال : (.... [قوله : وبلزوم خلو الحوانيت] عبارة الأشباه : أقول : على اعتباره - أي اعتبار العرف الخاص - ينبغي أن يفتى بأن مايقع في بعض أسواق القاهرة من خلو الحوانيت لازم . ويصير الخلو في الحانوت حقاً له ، فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها، ولا إجارتها لغيره ؛ ولو كانت وقفاً .

هذا وقد اشتهر نسبة مسألة الخلو إلى مذهب الإمام مالك ، والحال أنه ليس فيه نص عنه ولا عن أحد من أصحابه ، حتى قال البدر القرافي من المالكية : إنه لم يقع في كلام الفقهاء التعرض لهذه المسألة . وإنما فيها فتيا للعلامة ناصر الدين اللقاني المالكي ، بناها على العرف وخرجها عليه . وهو من أهل الترجيح فيعتبر تخريجه ، وإن نوزع فيه . وقد انتشرت فتياه في المشارق والمغارب وتلقاها علماء عصره بالقبول . أ.هـ

رأي المجمع الفقهي في بدل الخلو :

هذا وقد أصدر مجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة من ١٨ - ٢٢ جمادي الآخرة ١٤٠٨ ومن ٦-١٢ فبراير ١٩٨٨م القرار رقم (٦) بعـد اطلاعـه على البحوث الواردة حول بدل الخلو ، الذي قرر فيه مايلي :

أولاً : تنقسم صور الاتفاق على بدل الخلو ، إلى أربع صور هي :

١- أن يكون الاتفاق بين مالك العقار وبين المستأجر عند بدء العقد .
٢- أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين المالك ، وذلك في أثناء مدة عقد الإجـارة ، أو بعد انتهائها .
٣- أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين مستأجر جديد ، في أثناء مدة عقد الإجـارة أو بعد انتهائها .
٤- أن يكون الاتفاق بين المستأجر الجديد وبين كل من المالك والمستأجر الأول قبـل انتهاء المدة أو بعد انتهائها .

ثانياً : إذا اتفق المالك والمستأجر على أن يدفع المستأجر للمالك مبلغاً مقطوعاً زائداً عـن الأجرة الدورية (وهو مايسمى في بعض البلاد خلواً) فلا مانع شرعاً من دفع هـذا المبلغ المقطوع ؛ على أن يعد جزءاً من أجرة المدة المتفق عليها . وفـي حالـة الفسخ تطبق على هذا المبلغ أحكام الأجرة .

ثالثاً : إذا تم الاتفاق بين المالك والمستأجر ، أثناء مدة الإجارة على أن يدفع المالك إلـى المستأجر مبلغاً ، مقابل تخليه عن حقه الثابت بالعقد ، في ملك منفعة بقية المدة ؛ فإن بدل الخلو هذا جائز شرعاً . لأنه تعويض عن تنازل المستأجر برضاه عن حقه في المنفعة التي باعها للمالك .

أما إذا انقضت مدة الإجارة ، ولم يتجدد العقد صراحة أو ضمناً ، عن طريق التجديد التلقائي حسب الصيغة المفيدة له ، فلا يحل بدل الخلو . لأن المالك أحق بملكه بعد انقضاء حق المستأجر .

رابعاً : إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد ، أثناء مدة الإجارة ، على التنازل عن بقية مدة العقد ، لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية ، فإن الخلو هذا جائز شرعاً . مع مراعاة مقتضى عقد الإجارة المبرم بين المالك والمستأجر الأول ، ومراعاة ماتقضي به القوانين النافذة الموافقة للأحكام الشرعية .

على أنه في الإجارات الطويلة المدة خلافاً لنص عقد الإجارة، طبقاً لما تسوغه بعض القوانين : لايجوز للمستأجر تأجير العين لمستأجر آخر ، ولا أخذ بدل الخلو فيها إلا بموافقة المالك .

أما إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد بعد انقضاء المدة، فلا يحل بدل الخلو لانقضاء حق المستأجر الأول في منفعة العين والله أعلم .

ويرى الباحث أن بدل الخلو لايكون إلا في حالة إلحاق ضرر بالمستأجر بمعنى أن يترك المحل قبل نهاية عقده فعندها يحق له أخذ بدل الخلو . أو في حالة أخرى : بأن يجاب هو المستأجر الجديد أي يسعى في التأجير برضى المالك على أن يتقاسما أو يشتركا في بدل الخلو .

فإذا كان بدل الخلو يتضمن اضراراً بالمالك ، فالضرر يزال وفقا للقاعدة الفقهية .
وإن كان بدل الخلو يتضمن إضراراً أشد بالمستأجر مثل : اجباره على إخلاء المكان قبل نهاية عقده ، فالضرر لا يزال بالضرر ، فيستحق عندها بدل الخلو .

وإن كان في تقاسم المالك والمستأجر لبدل الخلو منفعة تعود عليهما بالتراضي ، فالقاعـدة الفقهية تقول : (لا ضرر ولا ضرار) .

١- ذكر الأستاذ الدكتور : وهبة الزحيلي ، في مناقشات مجلس المجمع حول المسألة المذكورة ، جواز جعل عقـد الإجارة مسانهة أو معاومة في رأي الجمهور ، وعندئذ يجوز ذلك .

ثامناً : بـيـع الـديـن

هل يصح بيع الدين ؟

لقد لخص الإمام النووي رحمه ا المسألة في ثلاث صور :

- بيع (المثمن) في الذمة - بيع (الثمن) في الذمة . - بيع ما في الذمة مما ليس ثمناً ولا مثمناً ، كبدل الإتلاف ، ودين القرض .

الصورة الأولى :

وهي بيع (المثمن) في الذمة ، ومثالها (المسلم فيه) :

فحكمها : أنه لايجوز لي أن أبيع (المسلم فيه) الذي لي في ذمة زيد ، ولا يجوز الاسـتبدال عنه.

الصورة الثانية :

بيع (الثمن) في الذمة : فيه حالتان :

الحالة الأولى : إذا باع بدنانير أو دراهم في الذمة ، فهل يجوز أن يستبدل عنها ؟

طريقان عند الشافعية : - القطع بالجواز [عن القاضي أبي حامد وابن القطان] .

- المذهب الجديد : الجواز هو الأصح .

- القديم : المنع .

الحالة الثانية : إذا باع بغير الدراهم والدنانير .

إذا قلنا بأن الثمن ما ألصقت به الباء : فإنه يصح الاستبدال عنه على المذهب [كمـا يقول البغوي]

وإلا : فلا يصح ، لأن ماثبت في الذمة مثمناً لايجوز الاستبدال عنه .

الصورة الثالثة :

بيع ما ليس ثمناً ولا مثمناً ، مما ثبت في الذمة (كدين القرض وبدل الإتلاف) :

- إذا كان بيع الدين لمن هو عليه ، فإنه يجوز الاستبدال عنه بلا خلاف .

أما إذا كان بيع الدين لغير من هو عليه : بأن أشتري منك كتاباً ، مثلاً ، بالمائة التي لي في ذمة زيد .

فالأصح عند الشافعية : أنه لايجوز .

(*) بيع الدين بالدين (بيع الكاليء بالكالىء)

الأصل في هذه المسألة حديث : (نهى النبي ﷺ عن بيع الكالىء بالكـالىء) (١) . أخرجـه البيهقي والدارقطني والطحاوي وابن عدي .

وقد نقل إجماع الأمة على منع بيع الدين بالدين عن الإمام أحمد وابن المنذر وابـن رشـد وغيرهم.

وقد صور د. نزيه حماد صور الكالىء بالكالىء ، بعد بحثها في كتب الفقهاء ، في خمـس صور. (٢)

١- بيع دين مؤجل غير مستقر بدين مؤجل كذلك . وغير المستقر كالمسلم فيه . بأن قال : بعني ثوباً صفته كذا إلى شهر كذا ، بدينار مؤجل إلى شهر كذا ، سواء اتفق الأجـلان أم اختلفا. وهو ماسماه المالكية ابتداء الدين .

وقد اتفق الفقهاء على منعه. نص على ذلك النووي في المجموع (٣) . والمواق في التـاج والإكليل. (٤) ، وغيرهم .

ويرى ابن تيمية - ومعه تلميذه ابن القيم أنه المراد من بيع الكـالىء بالكـالىء، وأن هـذه الصورة وحدها محل الإجماع على مانهي عنه من بيع الكالىء بالكالىء . وهو كـلام غيـر دقيق كما يرى ذلك د. نزيه حماد .

٢- بيع دين مؤجل وجب في الذمة في زمن سابق ، للمدين ، بما يصير ديناً مؤجلاً ، مـن غير جنسه ، بأن يشتري الدين المدين نفسه من البائع إلى أجل ، وصورته : (٥)

أن يسلم زيد خالداً ديناراً في طعام ، ويحل الأجل، فيأتي المسلم اليه ويقـول لزيـد : ليس عندي طعام ، ولكن بعني الطعام الذي في ذمتي لك ، إلى شهر بدينارين .

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك : ٥٧/٢ ، رقم [٢٣٤٢] ، والدارقطني في السنن : ٧١/٣ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٢٩٠/٥ . قال الحاكم : (صحيح على شروط مسلم ولم يخرجاه) وتعقبه الذهبي ورمز السيوطي إلى صحته في الجامع الصغير ، رقم [٩٤٧٠] .

(٢) أصول المداينات : د. نزيه حماد : ٢٤٢ - ٢٥٩ .

(٣) المجموع : ٤٠٠/٩

(٤) التاج والإكليل : للمواق : ٣٦٧/٤ .

(٥) انظر في بيان هذه الصورة : المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي ٢٢٨/٢ ، لسان العرب : مادة كلأ نقل ذلك عن أبي عبيد في غريب الحديث . وانظر في حكم ذلك : التاج والإكليل للمواق ٣٦٧/٤ ، البحر الرائق ٢٨١/٥ .

هذه الصورة ممنوعة أيضاً بالاتفاق . وذكر في علة المنع أنها ذريعة إلى ربا النسيئة، وهي التي سماها المالكية : فسخ الدين في الدين (١) .

٣- بيع دين مقرر في الذمة حل أجله للمدين إلى أجل بزيادة عليه . (٢)

صورة ذلك أن يشتري زيد شيئاً بثمن مؤجل ، ويحل الأجل ، ولا يتمكن من السداد فيقول زيد للبائع : بعني الدين الذي لك في ذمتي بزيادة كذا ، فيبيعه منه .

وهو ربا نسيئة صريح ، يتحقق فيه معنى قولهم : أنسئني أزدك .

أما مجرد التأخير دون زيادة فهو نظرة إلى ميسرة ، فإذا أسقط بعض الثمن مع ذلك فهو من الإحسان . (٣)

٤- بيع دين مؤجل تقرر في الذمة من سابق، لغير المدين، بثمن مؤجل موصوف في الذمة (٤)

صورة ذلك : لزيد على خالد دين ثابت في ذمته ، كحنطة مثلاً ، فيبيع زيد الحنطة التي له في ذمة خالد لعمرو بثمن موصوف في الذمة وليكن بثلاثة دنانير في ذمة عمرو .

هذه الصورة قد اتفق على منعها بهذه الصفة : المذاهب الأربعة (٥) ، وهي المسماة عند المالكية : بيع دين بدين .

ولكن إذا بيع هذا الدين بعين مؤجلة صح عند المالكية . (٦)

أو تم التقابض في المجلس صح عند الشافعية . (٧)

(١) انظر دراسات في اصول المداينات : ص٢٥٤ .

(٢) النهاية لابن الأثير ١٩٤/٤ .

(٣) انظر منح الجليل للشيخ عليش ٥٦٢/٢ والموافقات للشاطبي ٤٠/٤ ، وانظر دراسـات فـي أصـول المـداينات ص:٢٥٥

(٤) المنتقى للباجي ٣٣/٥ .

(٥) تبيين الحقائق ٨٣/٤ ، روضة الطالبين ٥١٤/٣ ، كشاف القناع : ٢٤٩/٣ .

(٦) الخرشي ٧٧/٥ وانظر أصول المداينات : ٢٥٧ .

(٧) المجموع : ٢٧٥/٩ .

٥- بيع دين مؤجل تقرر في الذمة من سابق ، بدين مماثل من جنسه أو من غير جنسه ، لشخص آخر على المدين نفسه .

صورة ذلك : لو كان لزيد وعمرو دينان على خالد : لزيد على خالـد مائـة درهـم ولعمرو على خالد كذا من شعير : فباع زيد ماله على خالد من الدراهم بالشعير الذي لعمرو على خالد . قال في نهاية المحتاج :

بطل قطعاً اتحد الجنس أم اختلف ، وحكي الإجماع على ذلك (١)

وعلة المنع الغرر . إذ كل من المتعاقدين لايملك تسليم ما باعه فـي ذمـة المـدين لصاحبه . وبيع الدين لغير من عليه الدين فيه غرر العجز عن التسليم .

ويرى الباحث أن الدين إذا كان نقوداً فلا يجوز بيعه لأنه وسيلة للربا لأن البيع إما أن يكون بثمن أقل أو أكثر واحتمال الربا قائم . ويمكن أن تنطبق قاعدة (احتمال الربا كحقيقته) على هذه المسألة . أما إذا كان الدين غير ذلك فلا أرى فيه مانعـاً ، إلا إذا كان مالاً ربوياً من الأصناف المذكورة . ويمكن أن تنطبق عليه قاعدة : (الأصل فـي الأموال الربوية التحريم) فلابد إذن من التماثل في حالة بيع الأموال الربوية .

* * *

---

(١) نهاية المحتاج - الرملي - ٩٠/٤ .

الفصل الرابع
الشُفْعَة

الشفعة في اللغة والاصطلاح :

الشفعة بضم الشين وسكون الفاء ، اسم مصدر بمعنى التملك ، وهي من الشفع الذي هو ضد الوتر، لما فيه من ضم عدد إلى عدد أو شيء إلى شيء ، يقال : شفع الرجل الرجل شفعاً إذا كان فرداً فصار له ثانياً ، وشفع الشيء شفعاً ضم مثله إليه وجعله زوجاً . (١)

وفي الاصطلاح عرفها الفقهاء بأنها : "تمليك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه . أو هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض " . (٢)

حكم الشفعة :

الشفعة حق ثابت بالسنة والإجماع ، ولصاحبه المطالبة به أو تركه ، واستدلوا من السنة بحديث جابر بن عبدالله - رضي الله عنهما - قال : "قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مالم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شفعة" (٤)

وفي رواية أخرى قال جابر - رضي الله عنه - : "قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط ، لايحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به " (٥)

وعن سمرة عن النبي ﷺ قال : (جار الدار أحق بالدار) (٦)

وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط . (٧)

١- القاموس ، والمعجم الوسيط ، والمصباح ، مادة : (شفع) .

٢- حاشية رد المحتار على الدر المختار ١٤٢/٥ ، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ١٩٢/٥ ، فتح القدير ٤٠٦/٦، والتاج والإكليل لمختصر خليل ٣١٠/٤ ، والخرشي على مختصر خليل ١٦١/٦ .

٣- شرح الكنز للزيلعي ٢٣٩/٥ ، ونهاية المحتاج ١٩٢/٥ ، حاشية البجيرمي ١٣٣/٣ ، والمغني ٤٥٩/٥ - ٤٦٠

٤- أخرجه البخاري ٤٣٦/٤ .

٥- أخرجه مسلم ١٢٢٩/٣ .

٦- أخرجه الترمذي ٦٤١/٣ ، وقال : "حديث حسن صحيح" .

٧- المغني ٤٦٠/٥ .

حكمة مشروعية الشفعة :

لما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب ، وكان الخلطاء كثيراً ما يبغي بعـضهم علـى بعض شرع ا سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بأحد طريقين :

١- بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه .

٢- وبالشفعة تارة أخرى وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر فـي ذلك .

فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ويزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن ، وكان هذا مـن أعظـم العـدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد . كما قال ابن القيم . (١)

أسباب الشفعة :

اتفق الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في نفس العقار المبيـع مـالم يقسم .

واختلفوا في الاتصال بالجوار وحقوق المبيع فاعتبرهما الحنفية من أسباب الـشفعة خلافـاً لجمهور الفقهاء

الشفعة للشريك على الشيوع :

اتفق الفقهاء على جواز الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة (٢) في ذات العقـار المبيـع مادام لم يقاسم (٣) . وقد استدلوا على ذلك بالحديث السابق لجابر رضي ا عنه .

١- إعلام الموقعين ٢٤٧/٢ .

٢- الحصة الشائعة : غير المفررة ، يكون كل جزء من أجزاء العقار المشترك مهما صـغر بـين الـشريكين أو الشركاء ، وقد تكون الشركة خاصة ، وقد تكون عامة كالأرض التي يشترك فيها أهل القرية الواحدة للارتفاق بها ، وتسمى حصة كل واحد من الشركاء في الملك المشترك بين أشخاص معينين (شقصاً) .

٣- البدائع ٢٦٨١/٦ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٢٥٢/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٧٤/٣ ، نهاية المحتاج ١٩٥/٥ ، المغني ٤٦١/٥ ، منتهى الإرادات ٥٢٧/١ .

الشركة التي تكون محلاً للشفعة :

اختلف الفقهاء في الشركة التي تكون محلاً للشفعة على اتجاهين :

الاتجاه الأول :

ذهب مالك في إحدى روايتيه ، والشافعي في الأصح ، والحنابلة في ظاهر المذهب إلى أن كل ما لا ينقسم - كالبئر ، والحمام الصغير ، والطريق - لا شفعة فيه (١) . لأن إثبات الشفعة فيما لاينقسم يضر بالبائع ، لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها (٢)

الاتجاه الثاني :

ذهب الحنفية ، ومالك في الرواية الثانية ، والشافعية في الصحيح ، والحنابلة في رواية إلى أن الشفعة تجب في العقار سواء قبِل القسمة أم لم يقبلها .

واستدلوا على ذلك بعموم حديث جابر قال : "قضى رسول ا ﷺ بالشفعة في كل مالم يقسم".

ولأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر اللاحق بالشركة فتجوز فيما لاينقسم ، فإذا كانا شريكين في عين من الأعيان ، لم يكن دفع ضرر أحدهما بأولى من دفع ضرر الآخر ، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه ، فإنه يصل إلى حقه من الثمن ، ويصل هذا إلى استبداده بالمبيع فيزول الضرر عنهما جميعاً . (٣)

وقالوا أيضاً : إن الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة ، فإذا كان الشارع مريداً لدفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالدفع ، ولو كانت الأحاديث مختصة بالعقارات المقسومة فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة . (٤)

الشفعة في المنفعة :

الشركة المجيزة للشفعة هي الشركة في الملك فقط ، فتثبت الشفعة للشريك في رقبة العقار أما الشركة في ملك المنفعة فلا تثبت فيها الشفعة عند الجمهور ، وفي قول لمالك للشريك في المنفعة المطالبة بالشفعة أيضاً .

١- حاشية الدسوقي ٤٧٦/٣ ، نهاية المحتاج ١٩٥/٥ ، مغني المحتاج ٢٩٧/٢ ، الأم ٤/٢ ، المغني ٤٦١/٥ ، منتهى الإرادات ٥٥٧/١ .

٢- المغني مع الشرح الكبير ٤٦٦/٥ .

٣- البدائع ٢٦٨٦/٦ ، ابن عابدين ٢١٧/٦ ، المبسوط ٩٣/١٤ ، وحاشية الدسوقي ٤٧٦/٣ وما بعدها ، بلغة السالك لأقرب المسالك ٢٢٨/٢ ، الخرشي ١٧٠/٦ .

٤- إعلام الموقعين ١٣٩/٢ و ٢٤٩ وما بعدها .

واشترط بعض المالكية للشفعة في الكراء أن يكون مما ينقسم وأن يشفع ليسكن **. (١)**

شفعة الجار المالك والشريك في حق من حقوق المبيع :

اتفق الفقهاء كما سبق على ثبوت الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في ذات المبيع مادام لم يقاسم ولكنهم اختلفوا في ثبوتها للجار الملاصق والشريك في حق من حقـوق المبيـع ، ولهم في ذلك اتجاهان :

الاتجاه الأول : ذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة إلى عدم ثبـوت الـشفعة للجـار ولا للشريك في حقوق المبيع (٢)

واستدلوا على ذلك بحديث جابر وفيه : (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) .

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن في صدره إثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيهـا فـي المقسوم، لأن كلمة إنما لإثبات المذكور ونفي ما عداه ، وآخره نفي الـشفعة عنـد وقـوع الحدود وصرف الطرق ، والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانـت الـشفعة منفية في هذه الحالة .

فكان من تمام حكمة الشارع أن أسقط الشفعة بوقوع الحدود وتصريف الطرق لـئلا يـضر الناس بعضهم بعضا ، ويتعذر على من أراد شراء دار لها جار أن يتم له مقصوده . (٣)

الاتجاه الثاني :

ذهب الحنفية إلى إثبات الشفعة للجار الملاصق والشريك في حق من حقوق المبيع ، فسبب وجوب الشفعة عندهم أحد شيئين : الشركة أو الجوار . ثم الشركة نوعان :

أ - شركة في ملك المبيع .

ب - شركة في حقوقه ، كالشرب والطريق . (٤)

واستدل هؤلاء بحديث أبي رافع أن رسول ا ﷺ يقول : "الجار أحق بسقبه" (٥) أي : أن الجار أحق بالشفعة من الذي ليس بجار .

١- المبسوط ٩٥/١٤ ، ومغني المحتاج ٢٩٧/٢ ، ومنتهى الإرادات ٥٣١/١ ، شـرح مـنح الجليـل ٥٨٦/٢ ، الخرشـي ١٦٣/٦ .

٢- حاشية الدسوقي ٤٧٤/٣ ، والشرح الصغير ٢٢٨/٢ ، ومغني المحتاج ٢٩٧/٢ ، حاشية البجيرمـي ١٣٦/٣ والمغنـي ٤٦١/٥

٣- أعلام الموقعين لابن القيم ٢٥٩/٢ وما بعدها .

٤- بدائع الصنائع ٢٦٨١/٦ ، تبيين الحقائق ٢٣٩/٥ ، المبسوط ٩٣/١٤ - ٩٤ ، والهداية مع الفتح ٣٦٩/٩ وما بعدها .

٥- أخرجه البخاري (الفتح ٤٣٧/٤ - ط) . والسقب : القُرب ، يقال : سقبت الدار وأسقبت : أي قربت .

قال ابن الأثير في "النهاية" ٢ : ٣٧٧ ومن لم يثبتها - أي الشفعة - للجار تأول الجار على الشريك ، فإن الشريك يسمى جاراً ، ويحتمل : أن يكون أراد أنه أحق بالبر والمعونة بسبب قربه من جاره .

واستدلوا بحديث جابر قال : قال النبي ﷺ : "الجار أحق بشفعته ينتظر به وإن كان غائبـا إذا كان طريقهما واحداً " . (١)

وعن الشريد بن سويد قال : قلت يا رسول ا : أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قـسمة إلا الجوار، فقال : "الجار أحق بسقبه " . (٢)

واستدلوا من المعقول بأنه إذا كان الحكم بالشفعة ثبت في الشركة لإفضائها إلـى ضـرر المجاورة فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها ، وهذا لأن المقصود دفع ضـرر المتـأذي بسوء المجاورة على الدوام ، وضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام باتـصال أحـد الملكين بالآخر على وجه لا يتأذى الفصل فيه .

والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في مجاورة بعض النـاس لحـسن خلقـه ، ويرغب عن جوار البعض لسوء خلقه ، فلما كان الجار القديم يتأذى بالجار الحادث علـى هذا الوجه ثبت له حق الملك بالشفعة دفعا لهذا الضرر.(٣)

شروط الشفعة بالجوار:

يرى الحنفية أن الجوار سبب للشفعة ، ولكنهم لم يأخذوا بـالجوار علـى عمومـه، بـل اشترطوا لذلك أن تتحقق الملاصقة في أي جزء من أي حد من الحدود ، سواء امتد مكان الملاصقة حتى عم الحد أم قصر حتى لو لم يتجاوز شبرا .

فالملاصق للمنزل والملاصق لأقصى الدار سواء في استحقاق الشفعة، لأن ملك كل واحـد منهم متصل بالمبيع .

أما الجار المحاذي فلا شفعة له بالمجاورة سواء أكان أقرب باباً أم أبعد ، لأن المعتبر في الشفعة هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر، وذلك في الجـار الملاصـق دون الجـار المحاذي فإن بين الملكين طريقاً نافذاً . (٤)

ولا تثبت الشفعة أيضاً عند الحنفية للجار المقابل ، ولكن تثبت الشفعة للجار المقابـل إذا كانت الدور كلها في سكة غير نافذة ، لإمكان جعل بعضها من مرافق البعض بأن تجعـل الدور كلها داراً واحدة .

١- أخرجه الترمذي ٦٤٢/٣ ، وقال : "حديث حسن غريب" .

٢- أخرجه النسائي (٣٢٠/٧) وإسناده حسن .

٣- المبسوط للسرخسي ٩٥/١٤ ، والبدائع للكاساني ٢٨٢/٦ .

٤- المبسوط ٩٣/١٤ ، ٩٤ ، البدائع ٢٦٩١/٦ ، ابن عابدين ١٦٥/٥ ، وشرح الكنز للزيلعي ٢٤١/٥ ، الهداية مع فتح القدير ٣٧٦/٩ .

ولا تثبت الشفعة إلا للجار المالك ، فلا تثبت لجار السكنى ، كالمستأجر والمستعير ، لأن المقصود دفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام وجوار السكنى ليس بمستدام ، وضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام ، باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيه. (١)

الشفعة بين ملاك الطبقات :

ملاك الطبقات عند الحنفية متجاورون فيحق لهم الأخذ بالشفعة بسبب الجوار . (٢)

أركان الشفعة :

أركان الشفعة ثلاثة : (٣)

١- الشفيع : وهو الآخذ .

٢- والمأخوذ منه : وهو المشتري الذي يكون العقار في حيازته .

٣- المشفوع فيه : وهو العقار المأخوذ أي محل الشفعة ، وسيأتي تفصيل هذه الأركان .

الشروط الواجب توافرها في الشفيع :

الشرط الأول : ملكية الشفيع لما يشفع به :

اشترط الفقهاء للأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به وقت شراء العقار المشفوع فيه .

قال الكاساني : لا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة والإعارة ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجداً ولا بدار جعلها وقفاً . (٤)

وقد روي عن مالك : جواز الشفعة في الكراء .

الشرط الثاني : بقاء الملكية لحين الأخذ بالشفعة :

يجب أن يبقى الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به حتى يمتلك العقار المشفوع فيه بالرضاء أو بحكم القضاء ليتحقق الاتصال وقت البيع . (٥)

١- المبسوط ٩٥/١٤ ، ٩٦ .

٢- مرشد الحيران محمد قدري باشا م ١٠١ ، والمجلة م ١٠١١ .

٣- مغني المحتاج ٢٩٦/٢ .

٤- البدائع ٢٧٠٣/٦ .

٥- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٢٢٥/٥ .

الشفعة للوقف :

لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار . فإذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف ، وبيع الملك فلا شفعة للوقف ، لا لقّيمه ولا للموقوف عليه . (١)

واشترط الفقهاء جميعاً ألا يتضمن التملك بالشفعة تفريق الصفقة ، لأن الـشفعة لاتقبـل التجزئة. وينبني على ذلك أنه إذا كان المبيع قطعة واحدة والمشتري واحداً فـلا يجـوز للشفيع أن يطلب بعض المبيع ويترك البعض الآخر ، أما إذا كانت القطعة واحدة ، وكـان المشتري متعدداً فيجوز للشفيع أن يطلب نصيب واحد أو أكثر أو يطلب الكل ، ولا يعتبـر هذا تجزئة للشفعة ، لأن كل واحد من الشركاء مستقل بملكية نصيبه تمام الاستقلال . وإذا كانت القطع متعددة والمشتري واحداً أخـــذ كل شفيع القطعة التي يشفع فيها ، فإن تعدد المشترون أيضاً فلكل شفيع أن يأخذ نصيب بعضهم أو يأخذ الكل ، ويقـدر لكـل قطعـة مايناسبها من الثمن إن لم يكن مقدراً في العقد (٢) .

المشفوع منه :

وتجوز الشفعة على أي مشتر للعقار المبيع سواء أكان قريباً للبائع أم كان أجنبياً عنـه . لعموم النصوص المثبتة للشفعة .

التصرفات التي تجوز فيها الشفعة :

اتفق الفقهاء على أن التصرف المجيز للشفعة هو عقد المعاوضة ، وهو البيع ومـا فـي معناه . فلا تثبت الشفعة في الهبة والصدقة والميراث والوصية ، لأن الأخذ بالشفعة يكون بمثل ما ملك، فإذا انعدمت المعاوضة تعذر الأخذ بالشفعة .

وحكي عن مالك في رواية : أن الشفعة تثبت في كل ملك انتقل بعوض أو بغيـر عـوض كالهبة لغير الثواب ، والصدقة ، ما عدا الميراث فإنه لا شفعة فيه باتفاق . ووجـه هـذه الرواية أنها اعتبرت الضرر فقط . (٣)

١- البدائع ٢٧٠٣/٦ ، حاشية ابن عابدين ٢٣٣/٦ ، الخرشي ١٦٣/٦ ، مغني المحتاج ٢٩٧/٢ ، فتح العزيـز ٣٩٢/١١ ، شرح منتهى الإرادات ٤٤١/٢ .

٢- البدائع ٢٧٢٩/٦ ، حاشية الدسوقي ٤٩٠/٣ ، القليوبي ٤٩/٣ ، ٥٠ ، المغني ٤٨٣/٥ .

٣- الهداية مع الفـتح ٣٧٩/٩ ، ٣٨١ ، ٤٠٥ ، الزيلعـي ٢٥٢/٥ ، ٢٥٣ ، والبـدائع ٢٦٩٦/٦ ، ٢٦٩٨ ، ٢٦٩٩ ، والدسوقي ٤٧٦/٣ ، ومغني المحتاج ٢٩٦/٢ ، والمغني ٤٦٧/٥ ، منتهى الإرادات ٥٢٧/١ .

المال الذي تثبت فيه الشفعة :

اتفق الفقهاء على أن العقار وما في معناه من الأموال الثابتة تثبت فيه الشفعة (١) . وأما الأموال المنقولة ففيها خلاف سيأتي بيانه . واستدلوا على ثبوت الشفعة في العقار ونحوه بحديث جابر رضي الله عنه قال : "قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط " .

وبأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكناً ، وإنما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام ، وذلك لايتحقق إلا في العقار . (٢)

واختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة في المنقول على قولين :

القول الأول :

لا تثبت في المنقول ، وهو قول الحنفية والشافعية ، والصحيح من مذهبي المالكية والحنابلة (٣) واستدلوا على ذلك بحديث جابر - رضي الله عنه - أن النبيﷺ " قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " .

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن وقوع الحدود وتصريف الطرق إنما يكون في العقار دون المنقول .

عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال : " لا شفعة إلا في دار أو عقار " . (٤) وهذا يقتضي نفيها عن غير الدار والعقار مما لا يتبعهما وهو المنقول ، وأما مايتبعهما فهو داخل في حكمها .(٥)

قالوا : ولأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر ، والضرر في العقار يكثر جداً ، فإنه يحتاج الشريك إلى إحداث المرافق ، وتغيير الأبنية ، وتضييق الواسع ، وتخريب العامر ، وسوء الجوار ، وغير ذلك مما يختص بالعقار بخلاف المنقول .

١- البدائع ٢٧٠٠/٦ ، تبيين الحقائق ٢٥٢/٥ ، حاشية ابن عابدين ٢٣٦/٦ ، المبسوط ٩٨/١٤ .

٢- شرح العناية على الهداية ٤٠٣/٩ ، والبدائع ٢٧٠٠/٦ .

٣-المبسوط ٩٥/١٤ ، البدائع٢٧٠٠/٦ ، شرح الكنز٢٥٢/٥ ، وفتح العزيز٣٦٤/١١ ، و نهاية المحتاج ١٩٣/٥ ، مغني المحتاج٢٩٦/٢ ، و المغني٤٦٣/٥-٤٦٥ .

٤- أخرجه البيهقي (١٠٩/٦) . وقال "الاسناد ضعيف" .

٥- إعلام الموقعين ٢٥١/٢ .

وقالوا أيضاً : الفرق بين المنقول وغيره أن الضرر في غير المنقول يتأبد بتأبده ، وفي المنقول لا يتأبد فهو ضرر عارض فهو كالمكيل و الموزون . (١)

القول الثاني : تثبت الشفعة في المنقول وهو رواية عن مالك وأحمد (٢) . واستدلوا على ذلك بما رواه البخاري عن جابر - رضي الله عنه - أن النبيﷺ " قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم" .

قالوا : إن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم أثبت الشفعة في كل ما لم يقسم ، وهذا يتناول العقار والمنقول . لأن " ما " من صيغ العموم فتثبت الشفعة في المنقول كما هي ثابتة في العقار .

وقالوا : ولأن الضرر بالشركة فيما لاينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة ، فإذا كان الشارع مريداً لدفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالدفع . (٣)

مراحل طلب الأخذ بالشفعة :

على الشفيع أن يظهر رغبته بمجرد علمه بالبيع بما يسميه الفقهاء طلب المواثبة ، ثم يؤكد هذه الرغبة ويعلنها ، ويسمى هذا طلب التقرير والإشهاد ، فإذا لم تتم له الشفعة تقدم للقضاء بما يسمى بطلب الخصومة والتملك . (٤)

أ - طلب المواثبة :

وقت هذا الطلب هو وقت علم الشفيع بالبيع ، وعلمه بالبيع قد يحصل بسماعه بالبيع بنفسه ، وقد يحصل بإخبار غيره له . (5)

وشرط طلب المواثبة أن يكون من فور العلم بالبيع . (٦) . إذا كان قادراً عليه ، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة .

١- إعلام الموقعين ٢٥١/٢ .

٢- المراجع السابقة .

٣- إعلام الموقعين ٢٥٠/٢ .

٤- تبيين الحقائق ٢٤٢/٥ ، والبدائع ٢٧١٠/٦ ، ابن عابدين ٢٢٤/٦ - ٢٢٥ ، تكملة المجموع ١٤٤/١٤ ، المغني ٤٧٧/٥ ، منتهى الإرادات ٥٢٨/١ .

٥- البدائع ٢٧١٠/٦ ، الهداية مع فتح القدير ٣٨٤/٩ .

٦- ابن عابدين ٢٢٤/٦ - ٢٢٥ ، منتهى الإرادات ٥٢٨/١ .

وذهب المالكية إلى أن الشفعة ليست على الفور ، بل وقت وجوبها متسع ، واختلف قول مالك في هذا الوقت : هل هو محدود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير محدود ، وأنها لا تنقطع أبداً ، إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييراً كثيراً بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ، ومـرة حدد هذا الوقت بسنة ، وهو الأشهر كما يقول ابن رشد ، وقيل : أكثر من السنة ، وقـد قيل عنه : أن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة . (١)

والأظهر عند الشافعية أن الشفعة يجب طلبها على الفور ، لأنها حق ثبت لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب ، وهو موافق لرواية الأصل الصحيح من مذهب الحنابلة .

والصحيح في مذهب الحنابلـة - أن حـق الشفعـة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع وإلا بطلت ، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، وحكي عنه رواية ثانية : أن الشفعة علـى التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه مايدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك (٢)

ب - طلب التقرير والإشهاد :

هذه المرحلة من المطالبة اختص بذكرها الحنفية فقالوا : يجب على الشفيع بعـد طلـب المواثبة أن يشهد ويطلب التقرير (٣) . وطلب التقرير هو أن يشهد الشفيع على البائع إن كان العقار المبيع في يده ، أو على المشتري وإن لم يكن العقار في يده ، أو عند البيـع بأنه طلب ويطلب فيه الشفعة الآن .

والشفيع محتاج إلى الإشهاد لاثباته عند القاضي ، ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب المواثبـة لأنه على فور العلم بالشراء - عند البعض - فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير. (٤)

والإشهاد على طلب التقرير ليس بشرط لصحته ، وإنما هو لتوثيقه على تقدير الإنكار كما في طلب المواثبة .

ج - طلب الخصومة والتملك :

طلب الخصومة والتملك هو طلب المخاصمة عند القاضي ، فيلزم أن يطلب الشفيع ويدعي في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والإشهاد .

ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة .

١- بداية المجتهد لابن رشد ٢٦٣/٢ وما بعدها ، والدسوقي على الشرح الكبير ٤٨٤/٣ .

٢- المغني ٤٧٧/٥ ، منتهى الإرادات ٥٢٨/١ .

٣- تبيين الحقائق ٢٤٤/٥ ، حاشية ابن عابدين ٢٢٥/٦ .

٤- الهداية مع فتح القدير ٣٨٣/٩ .

وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأله القاضي فإن اعترف بملكه الذي يشفع به ، وإلا كلفه بإقامة البينة ، لأن اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لإثبات الاستحقاق (١)

الشفعة للذمي على المسلم :

أجمع الفقهاء على ثبوت الشفعة للمسلم على الذمي ، وللذمي على الذمي ، واختلفوا في ثبوتها للذمي على المسلم ، ولهم في ذلك قولان :

القول الأول : ذهب الحنفية ، والمالكية، والشافعية، إلى ثبوتها للذمي على المسلم أيضاً (٢)
واستدلوا بعموم الأحاديث الواردة في الشفعة التي سبقت .
وبالإجماع لما روي عن شريح أنه قضى بالشفعة للذمي على المسلم ، وكتب بذلك إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- فأجازه وأقره ، وكان ذلك في محضر من الصحابة ولم ينكر أحد منهم عليه فكان ذلك إجماعاً .(٣)

ولأن الذمي كالمسلم في السبب والحكمة وهما اتصال الملك بالشركة أو الجوار ، ودفع الضرر عن الشريك أو الجار ، فكما جازت الشفعة للمسلم على المسلم فكذلك تجوز للذمي على المسلم.

القول الثاني : ذهب الحنابلة إلى عدم ثبوتها للذمي على المسلم (٤) ، لأن الشريعة إنما قصدت من وراء تشريع الشفعة الرفق بالشفيع ، والرفق لا يستحقه إلا من أقر بها وعمل بمقتضاها ، والذمي لم يقر بها ولم يعمل بمقتضاها فلا يستحق الرفق المقصود بتشريع الشفعة فلا تثبت له على المسلم . (٥)
وبأن في إثبات الشفعة للذمي على المسلم تسليطاً له عليه بالقهر والغلبة ، وذلك ممتنع بالاتفاق . (٦)

١- الهداية مع فتح القدير ٣٨٥/٩ ، وشرح الكنز ٢٤٥/٥ ، وابن عابدين ٢٢٦/٦ .
٢- تبيين الحقائق شرح الكنز الدقائق ٢٤٩/٥ - ٢٥٠ ، وحاشية الدسوقي ٤٧٣/٣ ، الخرشي ١٦٢/٦ ، الشرح الصغير للدردير ٢٢٧/٢ ، ونهاية المحتاج ١٩٦/٥ ، مغني المحتاج ٢٩٨/٢ ، فتح العزيز ٣٩٢/١١ .
٣- شرح الهداية ٤٣٦/٧ ، المبسوط ٩٣/١٤ .
٤- العناية ٤٣٦/٥ ، ومنح الجليل ٥٨٣/٣ .
٥- المغني ٥٥١/٥ ، منتهى الإرادات ٥٣٥/١ .
٦- المغني ٥٥١/٥ .

تعدد الشفعاء وتزاحمهم :

أولاً : عند اتحاد سبب الشفعة :

اختلف الفقهاء في كيفية توزيع المشفوع فيه على الشفعاء عند اتحاد سبب الشفعة لكل منهم بأن كانوا جميعاً من رتبة واحدة - أي شركاء مثلاً - .

فذهب المالكية ، والشافعية ، في الأظهر ، والحنابلة على الصحيح من المذهب إلى أنه إذا تعـدد الشفعاء وزعت الشفعة عليهم بقدر الحصص من الملك ، لا على عدد الرؤوس . ووجـه ذلـك عندهم ، أنها مستحقة بالملك فقسط على قدره كالأجرة والثمن .(١)

وذهب الحنفية ، والشافعية في قول ، والحنابلة في قول ، إلى أنها تقسم على عدد الـرؤوس لا على قدر الملك .

ووجه ذلك: أن السبب في موضوع الشفعة أصل الشركة، وقـد اسـتويا فيـه فيـستويان فـي الاستحقاق (٢)

وكما يقسم المشفوع فيه على الشركاء بالتساوي عند الحنفية ، يقـسم أيـضا علـى الجيـران بالتساوي بصرف النظر عن مقدار المجاورة ، فإذا كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما على التفاوت بأن كان جوار أحدهما بخمسة أسداس الدار وجوار الآخر بسدسها ، كانت الشفعة بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، وهو أصل الجوار .

فالقاعدة عند الحنفية : هي أن العبرة في السبب أصل الشركة لا قدرها، وأصل الجوار لا قدره، وهذا يعلم حال انفراد الأسباب واجتماعها .(٣)

ثانيا : عند اختلاف سبب الشفعة :

ذهب الحنفية إلى أن أسباب الشفعة إذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب بين الشفعاء فيقـدم الأقوى فالأقوى ، فيقدم الشريك في نفس المبيع على الخليط في حـق المبيـع ، ويقـدم الخليط في حـق المبيع على الجار الملاصق ، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : " الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من غيره " (٤) ولأن المؤثر في حق ثبوت الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال ، والاتصال على هذه المراتب ، فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط ، والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار، والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح . فإن سلم الشريك وجبت للخليط .

١- حاشية الدسوقي ٤٨٦/٣ ، وما بعدها ، الخرشي ١٧٣/٦ ، مواهب الجليل ٣٢٥/٥ ، ومغني المحتاج ٣٠٥/٢ ، نهايـة المحتاج ٢٢١/٥ ، الأم ٣/٤ ، والمغني ٥٢٣/٥ ، ومنتهى الإرادات ٥٢٩/١ .

٢- البدائع ٢٦٨٣/٦ ، ٢٦٨٤ ، ابن عابدين ٢١٩/٦ ، ونهاية المحتاج ٢١٣/٥ ، تكملة المجمـوع ١٥٨/١٤ ، ومنتهـى الإرادات ٥٢٩/١ .

٣-البدائع ٢٦٨٣/٦ ، ٢٦٨٤

٤- قال الزيلعي في "نصب الراية" ٤ : ١٧٦ : "غريب .. والصواب أنه من حديث الشعبي مرسلاً " .

أما المالكية فلا يتأتى التزاحم عندهم ، لأنهم جعلوها للشركاء في العقار دون ترتيب إذا كـانوا فـي درجة واحدة ، وذلك عندما يكون كل شريك أصلاً في الشركة لا خلفاً فيها عن غيره ، أما إذا كـان بعضهم خلفاً في الشركة عن غيره دون بعض فلا تكون لهم على السواء ، وإنما يقدم الشريك فـي السهم المباع بعضه على الشريك في أصل العقار (١) .

ثالثا : مزاحمة المشتري الشفيع لغيره من الشفعاء :

إذا كان المشتري شفيعا ، فإنه يزاحم غيره من الشفعاء بقوة سببه ، ويزاحمونه كذلك بقوة السبب ويقاسمهم ويقاسمونه إذا كانوا من درجة واحدة .

فالمشتري الشفيع يقدم على من دونه في سبب الشفعة، ويقدم عليه من هو أعلى منه في السبب (٢)

وعلى هذا إذا تساوى المشتري مع الشفعاء في الرتبة فإنه يكون شفيعاً مثلهم فيشاركهم ولا يقـدم أحدهم على الآخر بشيء ويقسم العقار المشفوع فيه على قدر رؤوسهم عند الحنفية ، وعلى قـدر أملاكهم عند غيرهم كما هو أصل كل منهم في تقسيم المشفوع فيه على الشفعاء في حالة ما إذا كان المشتري أجنبياً . (٣)

طريقة التملك بالشفعة :

اختلف الفقهاء في كيفية التملك بالشفعة ، فذهب الحنفية إلى أنه لا يثبت الملك للشفيع إلا بتـسليم المشتري بالتراضي ، أو بقضاء القاضي .

أما التملك بالتسليم من المشتري فظاهر ، لأن الأخذ بتسليم المشتري برضاه ببدل يبذله الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء ، والشراء تملك .

وأما قضاء القاضي فلأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهراً ، فافتقر إلى حكم الحاكم كأخذ دينه

وإن كان المبيع في يد المشتري أخذه منه ودفع الثمن إلى المشتري ، والبيـع الأول صـحيح ، لأن استحقاق التملك وقع على المشتري فيجعل كأنه اشترى منه .

ثم إذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن إلى البائع وكانت العهدة عليه ، ويسترد المشتري الـثمن من البائع إن كان قد نقد .

وإن أخذها من يد المشتري دفع الثمن إلى المشتري ، وكانت العهدة عليه ، لأن العهدة هـي مـن الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبضه . (٤)

١- شرح منح الجليل ٦٠٢/٣ ، الخرشي ١٧٧/٦ - ١٧٨ ، حاشية الدسوقي ٤٩٢/٣ .

٢- حاشية ابن عابدين ٢٣٩/٦ ، الخرشي ١٦٤/٦ .

٣- المغني ٥٢٥/٥ وما بعدها ، منتهى الإرادات ٥٣٠/١ .

٤- البدائع ٢٧٢٥/٦ ، ٢٧٢٦ ومابعدها .

ووقت القضاء بالشفعة ، هو وقت المنازعة والمطالبة بها ، فإذا طالبه بها الشفيع يقضي له القاضي بالشفعة ، سواء أحضر الثمن أم لا في ظاهر الرواية ، وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع ، وللبائع حق حبس المبيع لا ستيفاء الثمن ، فإن أبى أن ينقد حبسه القاضي ، لأنه ظهر ظلمه بالامتناع من إيفاء حق واجب عليه ، فيحبسه ولا ينقض بالشفعة ، وإن طلب أجلاً أجله يوماً أو يومين أو ثلاثة ، لأنه لا يمكنه النقد في الحال فيحتاج إلى مدة يتمكن فيها من النقد فيمهله ولا يحبسه ، فإن مضى الأجل ولم ينقد حبسه .

وقال محمد : لا ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال ، فإن طلب أجلاً أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام ولم يقض له بالشفعة ، فإن قضى بالشفعة ثم أبى الشفيع أن ينقد حبسه . (١)

وذهب المالكية إلى أن الشفيع يملك الشقص بأحد أمور ثلاثة :

أ - حكم الحاكم له .

ب - دفع ثمن من الشفيع للمشتري .

ج - الإشهاد بالأخذ ولو في غيبة المشتري ، وقيل لا بد أن يكون بحضوره . (٢)

وقال الشافعية : لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم ، ولا إحضار الثمن ، ولا حضور المشتري ولا رضاه ، ولا بد من جهة الشفيع من لفظ ، كقوله : تملكت ، أو اخترت الأخذ بالشفعة ، أو أخذته بالشفعة ، وما أشبهه . وإلا ، فهو من باب المعاطاة .

وذهب الحنابلة إلى أن الشفيع يملك الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذ ، بأن يقول : قد أخذته بالثمن ، أو تملكته بالثمن ، أو اخترت الأخذ بالشفعة ، ونحو ذلك إذا كان الثمن والشقص معلومين ، ولا يفتقر إلى حكم حاكم .

واستدلوا بأن حق الشفعة ثبت بالنص والإجماع فلم يفتقر إلى حكم حاكم كالرد بالعيب .

وعلى هذا فإنه إذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد ، وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الأخذ ، لأن الشقص يؤخذ قهرا والمقهور لا خيار له أيضا .

وإن كان الثمن أو الشقص مجهولا لم يملكه بذلك ، لأنه بيع في الحقيقة ، فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع ، وله المطالبة بالشفعة ، ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه، ويحتمل أن له الأخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب .(٣)

١- البدائع ٢٧٢٨/٦ ، الزيلعي ٢٤٥/٥ .

٢- حاشية الدسوقي ٤٨٧/٣ ، وما بعدها ، الخرشي ١٧٤/٦ .

٣- المغني ٤٧٤/٥ ، ٤٧٥ .

ميراث الشفعة :

اختلف الفقهاء في ميراث حق الشفعة .

فذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أن حق الشفعة يورث ، فإذا مات الشفيع ينتقل حق الشفعة إلى ورثته . وقيده الحنابلة بما إذا كان الشفيع قد طالب بالشفعة قبل موته .

ووجه الانتقال عندهم : أنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب .(١)

وذهب الحنفية ، إلى أنه إذا مات الشفيع بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة لم يكن لورثته حق الأخذ بها ، فتسقط الشفعة بموت الشفيع ولا تنتقل إلى الورثة ، لأن حق الشفعة ليس بمال وإنما مجرد الرأي والمشيئة وهما لا يبقيان بعد موت الشفيع ، ولأن ملك الشفيع الذي هو سبب الأخذ بالشفعة قد زال بموته . أما إذا مات الشفيع بعد قضاء القاضي له بالشفعة أو بعد تسليم المشتري له بها فلورثته أخذها بالشفعة .(٢)

وإذا مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة ، لأن المستحق باق ، وبموت المستحق عليه لم يتغير الاستحقاق .(٣)

مسقطات الشفعة :

تسقط الشفعة بما يلي :

أولا : ترك أحد الطلبات الثلاث في وقته وهي طلب المواثبة ، وطلب التقرير والإشهاد ، وطلب الخصومة والتملك .

ثانيا : إذا طلب الشفيع بعض العقار المبيع وكان قطعة واحدة والمشتري واحداً ، لأن الشفعة لا تقبل التجزئة .(٤)

ثالثا : موت الشفيع عند الحنفية قبل الأخذ بها رضاء أو قضاء سواء أكانت الوفاة قبل الطلب أو بعده . ولا تورث عنه عندهم .(٥)

١- بداية المجتهد ٢٦٠/٢ ، ونهاية المحتاج ٢١٧/٥ ، والمغني ٥٣٦/٥ ، منتهى الإرادات ٥٣٢/١ .

٢- البدائع ٢٧٢١/٦ ، الزيلعي ٢٥٧/٥ ، ابن عابدين ٢٤١/٦ .

٣- البدائع ٢٧٢١/٦ .

٤- البدائع ٢٧٢٩/٦ ، حاشية الدسوقي ٤٩٠/٣ ، والمغني ٤٨٣/٥ ، منتهى الإرادات ٥٢٩/١ .

٥- الكنز مع الزيلعي ٢٥٧/٥ ، ابن عابدين ٢٤١/٦ .

رابعا : الإبراء والتنازل عن الشفعة :

فالإبراء العام من الشفيع يبطلها قضاء مطلقاً لا ديانة إن لم يعلم بها . (١)

وقد تكلم الفقهاء في التنازل عن الشفعة فقالوا :

إذا تنازل الشفيع عن حقه في طلب الشفعة سقط حقه في طلبها ، والتنازل هذا إما أن يكون صريحاً وإما أن يكون ضمنياً .

فالتنازل الصريح نحو أن يقول الشفيع : أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو أبرأتك عنها ونحو ذلك، لأن الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء وإسقاطها كالإبراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك ، سواء علم الشفيع بالبيع أم لم يعلم بشرط أن يكون بعد البيع .

أما التنازل الضمني فهو أن يوجد من الشفيع مايدل على رضاه بالبيع وثبوت الملك للمشتري ، لأن حق الشفعة إنما يثبت له دفعاً لضرر المشتري ، فإذا رضي بالشراء أو بحكمه فقد رضي بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة . (٢)

التنازل عن الشفعة قبل البيع :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا تنازل الشفيع عن حقه في طلب الشفعة قبل بيع العقار المشفوع فيه لم يسقط حقه في طلبها بعد البيع ، لأن هذا التنازل إسقاط للحق ، وإسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال . (٣)

التنازل عن الشفعة مقابل تعويض أو صلح عنها :

اختلف الفقهاء في جواز التنازل عن الشفعة مقابل تعويض يأخذه الشفيع .

فقال الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة : لا يصح الصلح عن الشفعة على مال ، فلو صالح المشتري الشفيع عن الشفعة على مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض ، ويبطل حق الشفعة . قال الشافعية : تبطل شفعته إن علم بفساده .

١- حاشية ابن عابدين ٢٤٩/٦ ط٢ .

٢- البدائع ٢٧٠٦/٦ ، ٢٧١٥ وما بعدها ، والشرح الصغير ٢٣١/٢ ، والقليوبي ٤٩/٣ ، ومغني المحتاج ٢١٩/٢ ، والمغني ٤٨٢/٥ .

٣- البدائع ٢٧١٥/٦ ، والزيلعي ٢٤٢/٥ حاشية الدسوقي ٤٨٨/٣ ، شرح منح الجليل ٦٠٣/٣ ، ومغني المحتاج ٣٠٩/٢ ، المغني ٥٤١/٥ .

وذهب مالك إلى جواز الصلح عن الشفعة بعوض ، لأنه عوض عن إزالة الملك فجاز أخذ العوض عنه .

التنازل عن الشفعة بعد طلبها :

يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في طلب الشفعة بعد أن طلبها وقبل رضى المشتري أو حكم الحاكم له بها ، فإن ترك الشفيع طلب الشفعة أو باع حصته التي يشفع بها بعد طلب الشفعة وقبل تملكه المشفوع فيه بالقضاء أو الرضا يسقط حقه في الشفعة لأنه يعد تنازلاً منه عن حقه في طلبها قبل الحكم .

أما إذا كان التنازل بعد الحكم له بها أو بعد رضاء المشتري بتسليم الشفعة فليس له التنازل ، لأنه بذلك يكون ملك المشفوع فيه والملك لايقبل الإسقاط . (١)

مساومة الشفيع للمشتري :

المساومة تعتبر تنازلاً عن الشفعة فإذا سام الشفيع الدار من المشتري سقط حقه في الشفعة لأن المساومة طلب تمليك بعقد جديد وهو دليل الرضا بملك المتملك .

ولأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضاً ، والمساومة تعتبر تنازلاً بطريق الدلالة . (٢)

١- الفتاوى الهندية ١٨٢/٢ .

٢- البدائع ٢٧٢٠/٦ .

تطبيقات القواعد والضوابط الفقهية على بحث الشفعة :

١ - قاعدة : (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) :

إذا أحدث المشتري في العقار المشفوع أبنية ، فلو أجبر المشتري والحالة هذه على قلعها وتسليم العقار المشفوع للشفيع يتضرر المشتري ، كما أنه إذا أجبر الشفيع على أخذ المشفوع مع دفع قيمة البناء الذي أحدثه المشتري يتضرر أيضا بإجباره على دفع نقود ثمناً للبناء المحدث زيادة عن قيمة المشفوع .

إلا أن هذا الضرر أخف من ضرر المشتري فيما لو أجبرناه على قلع البناء ، إذ يضيع ما أنفقه على البناء بلا مقابل ، بخلاف الشفيع فإنه يأخذ مقابل الثمن الذي يدفعه البناء.

إذاً فضرر الشفيع أخف من ضرر المشتري فيختار ، ويكلف ذلك الشفيع بأخذ الأبنية ودفع القيمة للمشتري .

٢ - قاعدة : (لا يزال الضرر بالضرر) :

أ - إن تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة ، كالوقف والهبة والرهن، وجعله مسجداً، فقال أبوبكر : للشفيع فسخ ذلك التصرف ، ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به.

وهو قول مالكٍ ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث ، مع إمكان الأخذ بهما ، فلأن يملك فسخ عقدٍ لا يمكنه الأخذ به أولى ، ولأن حق الشفيع أسبق ، وحجته أقوى ، فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه . (١)

ب - من اشترى داراً ، فجعلها مسجداً ، فقد استهلكها ، ولا شفعة فيها . ولأن في الشفعة ها هنا إضراراً بالموهوب والموقوف عليه لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع ، فإنه إذا فسخ البيع الثاني ، رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه ، فلا يلحقه ضرر ، ولأن ثبوت الشفعة هاهنا يوجب رد العوض إلى غير المالك ، وسلبه عن المالك ، فإذا قلنا بسقوط الشفعة ، فلا كلام ، وإن قلنا بثبوتها، فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده ، ويفسخ عقده ، ويدفع الثمن إلى المشتري . (٢)

---

(١) [المغني - ابن قدامة - كتاب الشفعة] .

(٢) [المصدر السابق] .

ج - وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري ، فهو من ضمانه ، لأنه ملكه تلـف في يده، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه ، أخذ الموجود بحصته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيـار المـشتري ، كنقضه للبناء ، أو بغير اختياره ، مثل أن انهدم ثم إن كانت الانقاض موجودة أخـذها مع العرصة بالحصة .

وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء ، لأنه متى كان النقض بفعـل آدمي ، رجع بدله إلى المشتري ، فلا يتضرر ، ومتى كان بغير ذلك ، لم يرجـع إليه شيء فيكون الأخذ منه إضرارا به ، والضرر لا يزال بالضرر . (١)

د - ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن ، لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضـرارا بالمشتري ، ولا يزال الضرر بالضرر .

فإن أحضر رهنا أو ضمينًا ، لم يلزم المشتري قبوله ، لأن في تأخير الثمن ضررا ، فلم يلزم المشتري ذلك ، كما لو أراد تأخير ثمن حال ، فإن بـذل عوضـاً عـن الثمن لم يلزمه قبوله ، لأنها معاوضة ، ولم يجبر عليها . (٢)

هـ - أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن أحد الشفيعين لو ترك شفعته ، لـم يكن للآخر إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع ، وليس له أخذ البعض ، وهـذا قـول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، لأن في أخذ البعض إضرارا بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر . (٣)

و - الشفعة بين شركاء شفعاء على قدر أملاكهم كمسائل الـرد ، لأن الـشفعة حـق يستفاد بسبب الملك ، فكان على قدر الأملاك كالغلة . ولا يرجح أقـرب الـشفعاء على أبعدهم ، ولا ذا قرابة من الشفعاء على أجنبي ، لأن القرب ليس هو ببـاب الشفعة ، ومع ترك البعض من الشركاء حقه من الشفعة ، لم يكن للباقي الذي لم يترك حقه أن يأخذ بالشفعة إلا الكل أو يترك الكل ، لأن في أخذ البعض إضـرارا بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر .

كما لو كان بعض الشفعاء غائبا ، فإنه ليس للحاضر إلا أخذ الكل أو تركه، لأنه لم يعلم الآن مطالب سواه . (٤)

---

(١) [المغنى]-ابن قدامة-الجزء الخامس-كتاب الشفعة

(٢) [المصدر السابق]

(٣) [الموسوعة الفقهية - (تبعيض)] .

(٤) [مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى]-الرحيباني-الجزء الرابع-باب الشفعة

٣- قاعدة : (دفع المفاسد مقدم على تحصيل المصالح) :

إن كان بيت على بيت آخر ولم يشتركا في الطريق والمرسى ولا في أحدهما فهل لكل من رب البيت ورب الغرفة شفعة ؟ لمضرة الغرفة على البيت والشفعة لدفعها فيشفعها صاحب البيت ليزيل المضرة ويشفع صاحب الغرفة البيت ليتمكن من المضرة كيف شاء، أولاً شفعة لواحد تغليبا لجهة عدم المضرة، وهي أن البيت لايضر الغرفة فلا يشفعها فلا تشفعه ، وفيه نظر ، لأن التخلية مقدمة على التحلية ودفع المفاسد مقدم على تحصيل المصالح فلتغلب المضرة ، فتكون الشفعة بينهما (١)

٤- قاعدة : (دفع الضرر عن الإنسان بإضرار غيره متناقض)

وقت القضاء بالشفعة هو وقت المنازعة والمطالبة بها ، فإذا طالبه بها الشفيع يقضي القاضي له بالشفعة سواء حضر الثمن أولا . وينبغي على القاضي ألا يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال ، فإن طلب أجلاً يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام ولم يقض له بالشفعة ، فإن قضى بالشفعة ثم أبى الشفيع أن ينقد حبسه ، لأن حق الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع ، والقضاء قبل إحضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري لاحتمال إفلاس الشفيع .

(ودفع الضرر عن الإنسان بإضرار غيره متناقض) . (٢)

٥- ضابط : (حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به) :

إن باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر ، لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته . وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ، إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها، وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل .

---

(١) [شرح النيل وشفاء العليل – امحمد يوسف أطفيش -الكتاب الرابع عشر في الشفعة - باب : في الشافع] .
(٢) [بدائع الصنائع - الكاساني - كتاب الشفعة]

٦ - ضابط : (حق الشفعة متى دار بين أن يثبت وبين ألا يثبت لا يثبت) :

أ - رجل اشترى داراً على أن يضمن الشفيع الثمن عن المشتري أو ضمن للمشتري الدرك أو اشترط البائع الخيار للشفيع فأمضى البيع فهذا كله تسليم للشفعة . قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير : أما إذا باع فضمن الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فقبل في المجلس جاز البيع بهذا الشرط استحساناً والقياس أن لا يجوز ألا ترى أنه لو لم يقبل في المجلس لا يصح البيع.

وأما لا شفعة للشفيع فلأن الشفيع صار كالبائع من وجه وكالمشتري من وجه ، أما كالبائع من وجه لأن البيع يتم به وكذا له أن يطالب المشتري بأداء الثمن حتى يخلصه عن الكفالة متى كانت الكفالة بأمره كما للبائع مطالبة المشتري بأداء الثمن.

وأما كالمشتري من وجه لأن الشراء يتم به وكذا البائع يطالبه بالثمن كما يطالب المشتري فوقع التردد في ثبوت حق الشفعة فلا يثبت لأن حق الشفعة متى دار بين أن يثبت وبين أن لا يثبت لا يثبت . (١)

ب - اشترى رجل من آخر شقة في عمارة ، وضمن جاره المشتري في دفع الثمن بعد شهر ، فلاحق للجار في الشفعة لأنه دخل في العقد كضامن .

٧ - قاعدة : (المبني على الفاسد فاسد) :

أ - لا شفعة في بيع فاسد لأنه منحل لانعدامه شرعاً ، فالشقص لم ينتقل عن ملك بائعه ، فلو أخذ الشفيع من المشتري بالشفعة وعلم بالفساد بعد ذلك فسخ بيع الشفعة ، لأن المبني على الفاسد فاسد . إلا أن يفوت فتثبت الشفعة بالقيمة في المتفق على فساده وبالثمن في المختلف فيه . و لا في كراء : فمن أكرى نصيبه منهما فليس للآخر أخذ بالشفعة وقيل : فيه الشفعة بشرطين : أن يكون مما ينقسم، وأن يسكن الشفيع بنفسه . (٢)

ب - لو باع رجل داره بثمن مؤجل على أن التسليم للدار يؤجل أيضاً ، فطالب جاره أن يحصل على الدار بنفس الشروط بحق الشفعة فلا يصح ، لأن العقد الأصلي فاسد فهو بيع مؤجل فيه العوضان .

---

(١) [تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق –الزيلعي- كتاب الشفعة - باب ما تبطل به الشفعة] .

(٢) [حاشية الصاوي على الشرح الصغير - باب في الشفعة]

٨- قاعدة : (ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله)

أ- لو سلم الشفيع نصف العقار المشفوع يكون بذلك مسقطاً حق شفعته في الكـل ، لأن الشفعة مما لا يتجزأ . (١)

ب - لو باع رجل شقةً لشخص خارج عن العمارة ، فطالب جاره بحق الشفعة في الشقة ولكنه تنازل عن نصفها للمشتري ، أو لم يتمكن إلا من سداد نصف ثمنها سـقط حقه في الشفعة لأن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله .

٩- قاعدة (لا عبرة بالتوهم)

أ - إذا بيعت دار وكان لها جاران لكل حق الشفعة أحدهما غائـب ، فـادعى الـشفيع الحاضر الشفعة فيها فيحكم له بذلك ، ولا يجوز إرجاء الحكم بـداعي أن الغائـب ربما طلب الشفعة في الدار المذكورة .

ب- إذا كان لدار شخص نافذة على أخرى لجاره تزيد على طول الإنسان فجـاء الجـار طالباً سد تلك النافذة بداعي أنه في الممكن أن يأتي صاحب النافذة بسلم ويشرف على مقر النساء فلا يلتفت لطلبه . (٢)

---

(١) [درر الحكام - الجزء الأول - المادة (٦٣)]

(٢) [الموسوعة الفقهية (توهم] .

الفصل الخامس

الحَجْر

التعريف :

الحجر لغة المنع . يقال : حجر عليه حجراً منعه من التصرف فهو محجور عليه .

وسمي العقل حجراً لأنه يمنع من القبائح ، قال تعالى : (هل في ذلك قسم لذي حجر) (١) أي لذي عقل . (٢)

وأما تعريفه في الاصطلاح فقد اختلفت فيه عبارات الفقهاء :

فعرفه الشافعية والحنابلة بأنه المنع من التصرفات المالية ، سواء أكان المنع قد شرع لمصلحة الغير كالحجر على المفلس للغرماء وعلى الراهن في المرهون لمصلحة المرتهن ، وعلى المريض مرض الموت لحق الورثة في ثلثي ماله وغيرها ، أم شرع لمصلحة المحجور عليه كالحجر على المجنون ، والصغير ، والسفيه . (٣)

وعرفه الحنفية بأنه منع من نفاذ تصرف قولي لا فعلي .

فإن عقد المحجور عليه ينعقد موقوفاً فلا ينفذ إلا بإجازة من له الحق في الإجازة .

وإنما كان الحجر عند الحنفية من التصرفات القولية لأن تلك التصرفات هي التي يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها . أما التصرف الفعلي فلا يتصور الحجر فيه ، لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده ، فلا يتصور الحجر عنه . (٤)

وعرف المالكية الحجر بأنه صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته ، أو من نفوذ تبرعه بزائد على ثلث ماله .

فدخل بالثاني حجر المريض والزوجة ، ودخل بالأول حجر الصبي والمجنون والسفيه والمفلس والرقيق فيمنعون من التصرف في الزائد على القوت ولو كان التصرف غير تبرع كالبيع والشراء ، وأما الزوجة والمريض فلا يمنعان من التصرف إذا كان غير تبرع أو كان تبرعاً وكان بثلث مالهما ، وأما تبرعهما بزائد على الثلث فيمنعان منه . (٥)

١- سورة الفجر / ٥

٢- القاموس المحيط ، ولسان العرب ، والمصباح المنير .

٣- مغني المحتاج ١٦٥/٢ ، وأسنى المطالب ٢٠٥/٢ ، والمغني ٥٠٥/٤ ، وكشاف القناع ٤١٦/٣ .

٤- ابن عابدين ٨٩/٥ ، وتبيين الحقائق ١٩٠/٥ .

٥- الدسوقي ٢٩٢/٣ ، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣٨١/٣ .

مشروعية الحجر :

ثبتت مشروعية الحجر بالكتاب والسنة .

أما الكتاب فقوله تعالى : (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل ا لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً) . (١)

وقوله : (فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لايستطيع أن يمل هو فليملل وليـه بالعدل) . (٢)

فسر الشافعي السفيه بالمبذر ، والضعيف بالصبي والكبير المختل ، والـذي لايـستطيع أن يملّ بالمغلوب على عقله ، فأخبر ا تعالى أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فدل على ثبـوت الحجر عليهم . (٣)

حكمة تشريع الحجر :

قرر الشارع الحجر على من يصاب بخلل في عقله كجنون وعته حتى تكون الأموال مصونة من الأيدي التي تسلب أموال الناس بالباطل والغش والتدليس . وتكون مصونة أيـضا مـن سوء تصرف المالك .

وقرر الحجر أيضاً على من يسترسلون في غلواء الفسق والفجـور والخلاعـة ويبـددون أموالهم ذات اليمين وذات الشمال صوناً لأموالهم ، وحرصاً على أرزاق أولادهـم ، ومـن يعولونهم في حياتهم وبعد مماتهم .

كما شمل الحجر من يتعرض للإفتاء وهو جاهل لا يعلم حقيقة الحكم الشرعي فيضِل ويضل، وتصبح فتنة بين المسلمين من وراء فتياه ، وكذا يحجر على الطبيب الجاهل الذي يـداوي الأمة وهو لايعلم شيئاً من فن الطب ، فتزهق أرواح طاهرة بين يديه لجهله ، وينـتج مـن ذلك بلاء عظيم وخطب جسيـم . وكـذا يحجر على المكاري المفلـس ، لأنـه يتلف أموال الناس بالباطل . (٤)

١- سورة النساء / ٥

٢- سورة البقرة / ٢٨٢

٣- مغني المحتاج ١٦٥/٢ .

٤- حكمة التشريع وفلسفته للجرجاوي ٢٥٧ .

أسباب الحجر :

اتفق الفقهاء على أن الصغر والجنون والرق أسباب للحجر .

وذهب الجمهور إلى أن السفه والمرض المتصل بالموت أسباب للحجر أيضاً .

تقسيم الحجر بحسب المصلحة :

ينقسم الحجر بحسب المصلحة إلى قسمين :

أ - قسم شرع لمصلحة المحجور عليه (غالباً) وذلك كالحجر على المجنون والصبي والسفيه والمبذر وغيرهم ، فالحجر في هذا القسم شُرع لمصلحة هؤلاء حفظاً لأموالهم من الضياع .

ب - قسم شرع لمصلحة الغير (غالباً) ، وذلك كالحجر على المدين المفلس لحق الغرماء (الدائنين)، والحجر على الراهن لحق المرتهن في العين المرهونة ، وكالحجر على المريض مرض الموت لحق الورثة فيما زاد على ثلث التركة حيث لا دين ، والحجر على الرقيق لحق سيده . (١)

أولاً : الحجر على الصغير :

يبدأ الصغر من حين الولادة إلى مرحلة البلوغ . وقد أجمع الفقهاء على أن الذي لم يبلغ الحلم محجور عليه بحكم الشرع حتى يبلغ، ثم يستمر الحجر عليه إلى أن يرشد، لقوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) (٢) وذلك لانعدام أهلية التصرف لديه لقصور إدراكه .

وينتهي الحجر ببلوغه عند عامة الفقهاء لقوله تعالى : (فإن آنستم منهم رشدا) أي : أبصرتم وعلمتم منهم حفظاً لأموالهم وصلاحهم في تدبيرهم . ولا ينتهي الحجر بالنسبة للصبي ولا يدفع إليه ماله قبل وجود الأمرين البلوغ والرشد ، ولو صار شيخاً عند الجمهور خلافاً لأبي حنيفة .

أ - البلوغ :

البلوغ انتهاء فترة الصغر والدخول في حد الكبر وله أمارات طبيعية إن تحققت حكم به وإلا فيرجع للسن

١- البحر الرائق ٨٨/٨ ، والشرح الصغير ٣٨١/٣ ، ومغني المحتاج ١٦٥/٢ ، وشرح منتهى الإرادات ٢٧٣/٢ - ٢٧٤ .

٢- سورة النساء / ٦ .

ب - الرشد :

الرشد عند الجمهور (من الحنفية والمالكية والحنابلة وهو وجه عند الشافعية) هـو الصلاح في المال فقط . وهذا قول أكثر أهل العلم للآية السابقة .

وإذا كان الفاسق ينفق أمواله في المعاصي كشراء الخمر وآلات اللهو أو يتوصل به إلى الفساد فهو غير رشيد لتبذيره لماله وتضييعه إياه في غيـر فائـدة ، وإن كـان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة وإضاعة الصلاة مع حفظه لماله دفع ماله إليه ، لأن المقصود بالحجر حفظ المال ، وماله محفوظ بدون الحجر ، ولذلك لو طرأ الفسق عليه بعد دفع ماله إليه لم ينزع . (١)

والأصح عند الشافعية أن الرشد الصلاح في الدين والمال جميعاً .

والآية عندهم عامة لأن كلمة "رشدا" نكرة في سياق الشرط فـتعم المـال والـدين ، فالرشيد هو من لايفعل محرما يبطل العدالة ، ولا يبذر بأن يضيع المال باحتمال غبن فاحش في المعاملة ، أو رميه في بحر ، أو إنفاقه في محرم . (٢)

أثر الحجر على تصرفات الصغير :

الذي لا يبلغ رشيداً محجور عليه ، إلا أن بعض الفقهاء فرق بين المميز وغير المميز فـي حكم تصرفاته ، هل تقع صحيحة غير نافذة أم تقع فاسدة ؟ .

ذهب الحنفية إلى أنه لا يصح طلاق الصبي ولا إقراره ولا عتقه ولو كان مميزاً ، وإذا عقد الصبي عقداً فيه نفع محض صح العقد كقبول الهبة والصدقة .

وكذا إذا أجر نفسه ومضى على ذلك العمل وجبت الأجرة استحساناً .

وإذا عقد الصبي عقداً يدور بين النفع والضر وكان يعقله (أي يعلم أن البيع سـالب للملـك والشراء جالب له) فإن أجازه الولي صح ، وإذا رده بطل العقد . هذا إذا لم يتضمن العقـد غبناً فاحشاً وإلا فهو باطل وإن أجازه الولي ، وأما إذا كان لا يعقله فقد بطل العقد .

١- المغني ٥١٦/٤ - ٥١٧ والقوانين الفقهية ص٢١١ .

٢- مغني المحتاج ١٦٨/٢ .

وإذا أتلف الصبي - سواء عقل أم لا - شيئاً متقوماً من مال أو نفس ضمنه ، إذ لا حجر في التصرف الفعلي ، وتضمينه من باب خطاب الوضع وهو لايتوقف على التكليف ، فيضمن الصبي ما أتلفه من المال للحال ، وإذا قتل فالدية على عاقلته إلا في مسائل لايضمن فيها لأنه مسلط من قبل المالك : كما إذا أتلف ما اقترضه ، وما أودع عنده بلا إذن وليه ، وكذا إذا أتلف ما أعير له وما بيع منه بلا إذن . (١)

وذهب المالكية إلى أن الصبي محجور عليه إلى أن يبلغ رشيداً ، وزيد في الأنثى : دخول الزوج بها ، وشهادة العدول على صلاح حالها .
ولو تصرف الصبي المميز بمعاوضة بلا إذن وليه كبيع وشراء وهبة الثواب (الهبة بعوض) فللولي رد هذا التصرف ، فإن كان التصرف بغير معاوضة تعين على الولي رده كإقرار بدين.

وذهب الشافعية إلى أن الصبي محجور عليه إلى البلوغ سواء أكان ذكراً أم أنثى ، وسواء أكان مميزاً أم غير مميز .
وللصبي تملك المباحات وإزالة المنكرات ويثاب عليها كالمكلف ، ويجوز توكيله في توزيع الزكاة إذا عين له المدفوع إليه . (٢)

وأما الحنابلة فقد قال في المغني : والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفيه في وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير إذنه أو غصباه فتلف في أيديهما ، وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه وتسليطه كالثمن والمبيع والقرض والاستدانة ، وأما الوديعة والعارية فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما . (٣)

متى يدفع المال إلى الصغير :

إذا بلغ الصغير رشيداً أو بلغ غير رشيد ثم رشد دفع إليه ماله وفك الحجر عنه ، لقوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) . (٤)

١- ابن عابدين ٩٠/٥ - ٩٢ .
٢- مغني المحتاج ١٦٦/٢ ، والروضة ١٧٧/٤ ، وحاشية الجمل ٣٣٦/٣ ، وشرح البهجة ١٢٢/٣ ، ١٢٥ .
٣- المغني ٥٢١/٤ .
٤- سورة النساء / ٩

ولقوله ﷺ : "لايتم بعد احتلام" . (١) ولايحتاج في هذا إلى حكم حاكم ، لأن الحجر عليه ثبت بغير حكم حاكم فيزول من غير حكم ، وبه قال جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية - في المذهب - والحنابلة).

ومقابل المذهب عند الشافعية أن فك الحجر يفتقر إلى الحاكم، لأن الرشد يحتاج إلى نظر واجتهاد (٢)

وقال المالكية : الصغير إما أن يكون ذكراً أو أنثى : فإن كان ذكراً فهو على ثلاثة أقسام :
أحدهما : أن يكون أبوه حياً فإنه ينفك الحجر عنه ببلوغه مالم يظهر منه سفه أو يحجره أبوه.
الثاني : أن يكون أبوه قد مات وعليه وصي فلا ينفك الحجر عنه إلا بالترشيد .
الثالث : أن يبلغ ولا يكون له أب ولا وصي ، وهو المهمل ، فهو محمول على الرشد إلا إن تبين سفهه .

وإن كانت أنثى فهي تنقسم إلى قسمين :
أحدهما : إن كانت ذات أب فإنها إذا بلغت تبقى في حجره حتى تتزوج ويدخل بها زوجها وتبقى مدة بعد الدخول . ويشترط أيضاً حسن تصرفها في المال وشهادة العدول بذلك .
الثاني : إن كانت ذات وصي أو مقدم لا ينفك الحجر عنها إلا بهذه الأربعة (وهي بلوغها ، والدخول بها ، وبقاؤها مدة بعد الدخول ، وثبوت حسن التصرف بشهادة العدول) وفك الوصي أو المقدم . فإن لم يفكا الحجر عنها بترشيدها كان تصرفها مردوداً ولو عنست أو دخل بها الزوج وطالت إقامتها عنده . (٣)

وذهب أبو حنيفة إلى أن الصبي إن بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة وينفذ تصرفه قبله (أي قبل بلوغه هذه السن مع إيناس الرشد) ويدفع إليه ماله متى بلغ المدة ولو كان مفسداً . (٤)

١- أخرجه أبو داود (٢٩٣/٣ - ٢٩٤) من حديث علي بن أبي طالب ، وفي إسناده مقال ، ولكنه صحيح لطرقه . التلخيص لابن حجر (١٠١/٣) .
٢- تبيين الحقائق ١٩٥/٥ ، وبداية المجتهد ٢٧٧/٢ ، ومغني المحتاج ١٦٦/٢ ، ١٧٠ ، والمغني ٤٥٧/٤ .
٣- حاشية الدسوقي ٢٩٦/٣ ومابعدها ، والشرح الصغير بحاشية الصاوي ٣٨٢/٣ - ٣٨٣ ، والقوانين الفقهية ص٢١١ .
٤- ابن عابدين ٩٤/٥ ، وتبيين الحقائق ١٩٥/٥ ، وأحكام القرآن للجصاص ٤٩/٢ .

ثانياً : الحجر على المجنون :

الجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادرا . (١)

وهو إما أن يكون مطبقاً أو متقطعاً . (٢)

ولا خلاف بين الفقهاء في الحجر على المجنون سواء أكان الجنون أصلياً أم طارئاً ، وسـواء أكان قوياً أم ضعيفاً ، والقوي : المطبق ، والضعيف : غيره .

وقد اتفق الفقهاء على أن الجنون من عوارض الأهلية ، فهو يزيل أهلية الأداء إن كان مطبقاً فلا تترتب على تصرفاته آثارها الشرعية .

أما إذا كان الجنون متقطعاً فإنه لا يمنع التكليف في حال الإفاقة ولا ينفي أصل الوجوب . (٣)

ويرتفع حجر المجنون بالإفاقة من الجنون من غير احتياج إلى فـك فتعتبـر أقوالـه وتنفـذ تصرفاته.

ثالثاً : الحجر على المعتوه :

اختلف الحنفية في تفسير المعتوه ، وأحسن ماقيل فيه : هو من كان قليل الفهم مختلط الكـلام فاسد التدبير إلا أنه لايضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون .

والمعتوه عند الحنفية في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه كالصبي المميز العاقل .

أما إذا أفاق فإنه كالبالغ العاقل في تلك الحالة . (٤)

ولا يوجد عند غير الحنفية تعرض لحكم تصرفات المعتوه .

١- التعريفات للجرجاني .

٢- حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣٨١/٣ .

٣- ابن عابدين ٩٠/٥ - ٩١ ، والشرح الصغير ٣٨١/٣ ، والقوانين الفقهية ص٣٢٥ ، ومغني المحتـاج ١٦٥/٢ - ١٦٦ ، وكشف القناع ٤١٧/٣ - ٤٤٢ .

٤- ابن عابدين ٩٠/٥ - ٩١ ، ١١٠ ، وتبيين الحقائق مع حاشية الشلبي ١٩١/٥ .

رابعاً : الحجر على السفيه :

أ - السفه :

السفه لغة : هو نقص في العقل ، وأصله الخفة . (١)

وأما اصطلاحاً : فقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه :

فذهب الحنفية إلى أن السفه هو تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل ، كالتبذير والإسراف في النفقة ، وأن يتصرف تصرفات لا لغرض ، أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا ، كدفع المال إلى المغنين واللعابين وشراء الحمام الطيار بثمن غال ، والغبن في التجارات من غير محمدة (أو غرض صحيح) . (٢)

وذهب المالكية إلى أن السفه هو التبذير (أي : صرف المال في غير ما يراد له شرعاً) بصرف المال في معصية كخمر وقمار ، أو بصرفه في معاملة من بيع أو شراء بغبن فاحش (خارج عن العادة) بلا مصلحة تترتب عليه بأن يكون ذلك شأنه من غير مبالاة ، أو صرفه في شهوات نفسانية على خلاف عادة مثله في مأكله ومشربه وملبوسه ومركوبه ونحو ذلك أو بإتلافه هدراً كأن يطرحه على الأرض أو يرميه في بحر أو مرحاض ، كما يقع لكثير من السفهاء يطرحون الأطعمة والأشربة فيما ذكر ولا يتصدقون بها . (٣)

وأما الشافعية فقد ذهب الماوردي إلى التفرقة بين التبذير والسرف ، فقال : التبذير : الجهل بمواقع الحقوق ، والسرف : الجهل بمقادير الحقوق . وكلام الغزالي يقتضي ترادفهما .

وعلى كل حال فإن السفيه عند الشافعية هو الذي يضيع ماله باحتمال غبن فاحش في المعاملة ونحوها إذا كان جاهلاً بها - أما إذا كان عالماً بالمعاملة فأعطى أكثر من ثمنها فإن الزائد صدقة خفية محمودة ، أي إن كان التعامل مع محتاج وإلا فهبة . (٤)

وذهب الحنابلة إلى أن السفيه هو المضيع لماله المبذر له .

قال ابن المنذر : أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيراً كان أو كبيراً . (٥)

١- المصباح المنير مادة : (سفه)

٢- ابن عابدين ٩٢/٥ .

٣- الشرح الصغير ٣٩٣/٣ .

٤- مغني المحتاج ١٦٨/٢ - ١٦٩ .

٥- - المغني ٥٠٦/٤ ، ٥١٧ ، ومابعدها ، وكشاف القناع ٤٤٣/٣ .

ب - حكم الحجر على السفيه :

ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد - وهو المفتى بـه عند الحنفية - إلى أن المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ، ودفع إليه ماله ثم عاد إلى السفه أعيد عليه الحجر ، واستدلوا بالكتاب والسنة .

وأما أبو حنيفة فقد ذهب إلى أنه لايبتدأ الحجر على بالغ عاقل بسبب السفه . (١)

ج - الحجر على السفيه بحكم الحاكم :

ذهب جمهور الفقهاء القائلين بالحجر على السفيه إلى أن الحجر عليه لابد له من حكم حاكم ، كما أن فك الحجر عنه لابد له من حكم حاكم أيضاً ، لأن الحجر إذا كـان بحكـم الحـاكم لايزول إلا به ، ولأن الرشد يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه .

د - تصرفات السفيه :

اتفق الفقهاء على أن تصرف السفيه في ماله حكمه حكم تصرف الصبي المميز ، واختلفوا في التصرفات غير المالية . (٢)

خامساً : الحجر على ذي الغفلة :

ذو الغفلة هو من يغبن في البيوع لسلامة قلبه ولا يهتدي إلى التصرفات الرابحة .

ويختلف عن السفيه بأن السفيه مفسد لماله ومتابع لهواه ، أما ذو الغفلة فإنه ليس بمفسد لماله ولا يقصد الفساد .

ولم يصرح أحد من الفقهاء بأن ذا الغفلة يحجر عليه سوى الصاحبين من الحنفيـة ، وقـد أدرج الجمهور هذا الوصف في السفه والتبذير .

١- ابن عابدين ٩٢/٥

٢- ابن عابدين ٩٣/٥ ، والشرح الصغير ٣٨٤/٣ ، ومابعدها ، والقوانين الفقهية ٢١١ ومغني المحتاج ١٧١/٢ ، وشرح منتهى الإرادات ٢٩٤/٢

وقد شرع الحجر عليه صيانة لماله ونظراً له ، روى أبو داود عن أنس بن مالك أن رجـلاً على عهد رسول ا ﷺ كان يبتاع وفي عقدته ضعف ، فأتى أهله نبي ا ﷺ فقالوا : "يانبي ا : احجر على فلان ، فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف ، فدعاه النبي ﷺ ، فنهاه عن البيع ، فقال : يانبي ا ، إني لا أصبر عن البيع ، فقال رسول ا ﷺ : إن كنت غير تـارك البيـع فقل : هاء وهاء ولا خلابة . (١)

وذهب أبوحنيفة إلى أنه لايحجر على الغافل بسبب غفلته ، والنبيﷺ لم يجبهم إلى طلـبهم وإنما قال له : قل : لا خلابة ولي الخيار . ولو كان الحجر مشروعاً لأجابهم إليه . (٢)

سادساً : الحجر على المدين المفلس :

الإفلاس في الاصطلاح : أن يكون الدين الذي على الرجل أكثر من ماله ، وسواء أكان غير ذي مال أصلاً ، أم كان له مال إلا أنه أقل من دينه . (٣)

إذا أحاط الدين بمال المدين ، وطلب الغرماء الحجر عليه ، وجب تفليـسه عنـد المالكيـة والشافعية والحنابلة ، وصاحبي أبي حنيفة .وهو المفتى به عند الحنفية ،واشترط المالكيـة لوجوب ذلك ألا يمكن للغرماء الوصول إلى حقهم إلا به ، أما إذا أمكن الوصول إلى حقهـم بغير ذلك كبيع بعض ماله ، فانه لا يصار إلى التفليس ، وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يفلس ، لأنه كامل الأهلية ، وفي الحجر عليه إهدار لآدميته ، واستدل القائلون بتفليسه : بأن الكـل مجمع على الحجر على المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث لحـق الورثـة ، فـلأن يحجر عليه ويمنع من التصرف في أمواله لحق الغرماء أولى، ومما يتصل بهذا الموضوع : أنه هل يجوز للحاكم أن يبيع ماله جبرا عليه أولا ؟ .

ذهب الجمهور إلى جواز ذلك لأنه محجور عليه محتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغيـر رضاه ، كالصغير والمجنون .

١- أخرجه أبو داود (٧٦٧/٣) والترمذي (٥٤٣/٣) وقال : "حسن صحيح" .

٢- تبيين الحقائق ١٩٤/٥ ، ١٩٨ -١٩٩ ، وابن عابدين ١٤٨/٦ ط الحلبي والشرح الـصغير ٣٩٣/٣ ، ومغنـي المحتاج ١٦٨/٢ ، والمغني ٥١٦/٤ ومابعدها .

٣- كما يفهم من كلام ابن رشد في بداية المجتهد ٢٨٤/٢ .

شرائط الحجر على المفلس :

١- أن يطلب الغرماء أو من ينوب عنهم أو يخلفهم الحجر عليه .

٢- أن يكون الدين الذي طلب ربه الحجر على المدين بسببه ديناً حالاً . (١)

٣- أن تكون الديون على المفلس أكثر من ماله . (٢)

٤- الدين الذي يحجر به هو دين الآدميين . أما دين الله تعالى فلا يحجر به .

٥- أن يكون الدين المحجور به لازماً ، فلا حجر بالثمن في مدة الخيار .

من يحجر على المفلس :

لايكون المفلس محجوراً عليه إلا بحجر القاضي عليه . والحجر للقاضي دون غيره ، لاحتياجه إلى نظر واجتهاد .

ونص شارح المنتهى من الحنابلة على أنه يحرم عليه التصرف في ماله بما يضر غريمه. (٣)

وصيغة الحجر أن يقول الحاكم : منعتك من التصرف ، أو حجرت عليك للفلس . ويقتضي كلام الجمهور التخيير بين الصيغتين ، ونحوهما - كفلستك - من كل مايفيد معنى الحجر. (٤)

إشهار الحجر بالإفلاس والإشهاد عليه :

الذين قالوا بمشروعية الحجر على المفلس قالوا : يستحب إظهار الحجر عليه وإشهاره لتجتنب معاملته ، كيلا يستضر الناس بضياع أموالهم .

ويرى الباحث أن أي وسيلة من وسائل الإشهار أو الإعلان كالصحف وغيرها كافية . وفي تسجيل الحكم وضبط وقائعه بالطرق المعروفة مايكفي لدفع الضرر عن الراغبين بالمعاملة مع هذا الشخص .

١- حاشية الدسوقي ٢٦٤/٣ ، ونهاية المحتاج ٣٠١/٤ ، ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، وكشاف القناع ٤١٧/٣ .

٢- نهاية المحتاج ٣٠١/٤ ، والمغني ٤٣٨/٤ .

٣- المغني ٤٣٨/٤ ، وشرح المنتهى ٢٧٨/٢ مطبعة أنصار السنة .

٤- نهاية المحتاج ٣٠٢/٤ ، والدسوقي ٢٦٤/٣ .

آثار الحجر على المفلس :

إذا حجر القاضي على المفلس ، تعلق بذلك من الآثار مايلي :

أ - تتعلق حقوق الغرماء بماله ، ويمنع من الإقرار على ذلك المال والتصرف فيه .

ب - انقطاع الطلب عنه بدين جديد بعد الحكم بالإفلاس .

ج - حلول الدين المؤجل في ذمة المدين .

د - استحقاق من وجد عين ماله عند المدين استرجاعه .

هـ - استحقاق بيع مال المفلس وقسمه بين الغرماء . (١)

سابعاً : الحجر على المدين الغائب :

يصح عند الحنفية على قول الصاحبين الحجر على المدين الغائب ، ولكن يشترط علم المحجور عليه بعد الحجر ، حتى إن كل تصرف باشره بعد الحجر قبل العلم به يكون صحيحاً عندهم. (٢)

ويصح الحجر على الغائب كذلك عند المالكية ، إن كانت غيبته متوسطة كعشرة أيام ، أو طويلة كشهر مثلاً ، أما الغائب الغيبة القريبة ففي حكم الحاضر . (٣)

ويرى **الباحث** أن التحديد بالأيام المذكورة أمر اجتهادي يرجع فيه إلى تقدير القاضي .

ثامناً : الحجر على الفاسق :

ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة وهو الأصح عند الشافعية) إلى أن الفاسق إذا لم يكن سفيهاً مبذراً لماله لايحجر عليه ، لأن مجرد الفسق فقط لا يوجب الحجر، لأن الفسق لايتحقق به إتلاف المال ولا عدم إتلافه (أي لا تلازم بين الفسق وإتلاف المال).

وذهب الشافعية في مقابل الأصح إلى أن الفاسق يحجر عليه كالاستدامة بأن بلغ فاسقاً .

والفاسق من يفعل محرماً يبطل العدالة من كبيرة أو إصرار على صغيرة ، ولم تغلب طاعاته على معاصيه .

١- وينظر في تفصيل هذه الآثار المراجع الآتية : المغني ٤٤٠/٤ ، مطالب أولي النهى ٣٧٧/٣ ، نهاية المحتاج ٣٠٥/٤ ، الفتاوى الهندية ٦٤/٥

٢- الفتاوى الهندية ٦١/٥ ، وشرح مجلة الأحكام للأتاسي ٥٥٤/٣ .

٣- الزرقاني على خليل ٢٦٥/٥ ، والدسوقي ٢٦٤/٣ .

تاسعاً : الحجر على تبرعات الزوجة :

المرأة لها ذمة مالية مستقلة ، ولها أن تتبرع من مالها متى شاءت مادامت رشيدة عند جمهور الفقهاء .

وقد ثبت أن النبيﷺ قال : "يامعشر النساء تصدقن ولو من حليكن" وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ، ولم يسأل ولم يستفصل ،
ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه . (١) .

وذهب مالك - وهو رواية عن أحمد - إلى أنه يحجر على المرأة الحرة الرشيدة لصالح زوجها في تبرع زاد على ثلث مالها إلا بإذن زوجها البالغ الرشيد أو وليه إذا كان سفيهاً.

لما روي : أن امرأة كعب بن مالك أتت النبيﷺ بحلي لها فقالت : إني تصدقت بهذا ، فقال لها النبي ﷺ : لايجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها . فهل استأذنت كعباً ؟ فقالت : نعم . فبعث رسول ا ﷺ إلى كعب فقال : هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ قال : نعم . فقبله رسول ا ﷺ (٢)

وروي أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول ا ﷺ قال : " لايجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها" (٣) ولأن حق الزوج متعلق بمالها .

ولايحجر على المرأة لأبيها ونحوه ، إذ الحجر عليها للزوج فقط دون غيره . ولا يحجر على المرأة إذا كان إعطاؤها المال عن الواجب عليها من نفقة أبويها ، كما لو تبرعت بالثلث فأقل . (٤)

١- المغني ٥١٤/٤ .

٢- أخرجه ابن ماجه (٧٩٨/٢) والطحاوي في شرح المعاني (٣٥١/٤) وقال البوصيري : "في إسناده يحيى ، وهو غير معروف في أولاد كعب ، فالإسناد لايثبت" وقال الطحاوي (٣٥٣/٤) "حديث شاذ لايثبت" .

٣- أخرجه أبو داود (٨١٦/٣) وإسناده حسن .

٤- الزرقاني ٣٠٦/٥ - ٣٠٧ ، والمغني ٥١٣/٤ - ٥١٤ .

عاشراً : الحجر على المريض مرض الموت :

مرض الموت هو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأكثر والذي يعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ، ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث ، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة صاحب فراش كان أو لم يكن . (١)

وقد اتفق الفقهاء على أن المريض مرض الموت تحجر عليه تبرعاته فيما زاد عن ثلث تركته لحق ورثته ، وذلك حيث لا دين ، وإذا تبرع بما زاد عن الثلث كان له حكم الوصية إذا مات .

وذهب المالكية إلى أن المريض مرض الموت يمنع مما زاد على قدر الحاجة من الأكل والشرب والكسوة والتداوي . (٢)

حادي عشر : الحجر على الراهن :

ذهب الفقهاء إلى أن الراهن يحجر عليه التصرف في العين المرهونة بعد لزوم الرهن ضماناً لحق المرتهن .

ثاني عشر : الحجر للمصلحة العامة :

ذهب الحنفية إلى فرض الحجر على ثلاثة وهم : المفتي الماجن ، والطبيب الجاهل ، والمكاري المفلس .

أ - المفتي الماجن :

هو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة ، كتعليم الزوجة الردة لتبين من زوجها ، أو تعليم الحيل بقصد إسقاط الزكاة ، ومثله الذي يفتي عن جهل .

ب - الطبيب الجاهل :

هو الذي يسقي المرضى دواء مهلكاً ، وإذا قوي عليهم المرض لا يقدر على إزالة ضرره.

ج - المكاري المفلس :

هو الذي يكري إبلاً وليس له إبل ولا مال ليشتريها به ، وإذا جاء أوان الخروج يخفي نفسه.

١- مجلة الأحكام العدلية م ١٥٩٥ ، وابن عابدين ٤٢٣/٥ .

٢- ابن عابدين ٩٣/٥ ، ٤٢٣ ، والقوانين الفقهية ص٢١٢ ، والدسوقي ٣٠٦/٣ ، ومغني المحتاج ١٦٥/٢ ، وكشاف القناع ٤١٦/٣ .

وليس المراد بالحجر على هؤلاء الثلاثة حقيقة الحجر وهو المنع الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف ، لأن المفتي لو أفتى بعد الحجر وأصاب جاز ، وكذا الطبيب لو باع الأدوية نفذ ، وإنما المقصود المنع الحسي ، لأن الأول مفسد للأديان ، والثاني مفسد للأبدان ، والثالث مفسد للأموال . فمنع هؤلاء المفسدين دفع ضرر لاحق بالخاص والعام وهو من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . (١)

ثالث عشر : الحجر على المرتد :

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المرتد يحجر عليه لحق المسلمين ، لأن تركته فيء فيمنع من التصرف في ماله لئلا يفوته على المسلمين . (٢)

١- ابن عابدين ٩٣/٥ .

٢- مغني المحتاج ١٦٥/٢ ، وشرح منتهى الإرادات ٢٧٤/٢ ، والدسوقي ٢٩٢/٣ .

تطبيقات القواعد الفقهية على بحث الحجر :

١- قاعدة : *(إذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم الحاكم)*

السفه الذي يطرأ بعد بلوغ الصبي رشيداً هل يشترط فيه حكم قاضٍ بالحجر لترتب أحكامه عليه ؟

اختلف الفقهاء فيه فقيل :

لا يكون محجوراً عليه إلا بعد قضاء قاضٍ بذلك ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " خذوا على يد سفهائكم " .

ولقول علي رضي الله عنه في الأثر الذي رواه الشافعي : " لآتين عثمان ليحجر عليك " .

ولأن التبذير يختلف فيحتاج إلى الاجتهاد وإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس . (١)

٢- قاعدة : *(الأصل في العقود الصحة)*

المحجور عليه إن ادعى - بعد كماله - البيع بلا حاجةٍ أو مصلحةٍ على الأب أو الجد صدقا بيمينهما أنه وقع للحاجة أو المصلحة فذاك وإلا صدق المدعي بيمينه أن بيعهما وقع بدون الحاجة والمصلحة . ولو احتيج لبيع مال يتيم فقامت بينةٌ بأن قيمته مائة وخمسون فباعه القيم بذلك وحكم الحاكم بصحة البيع ثم قامت بينةٌ أخرى بأن قيمته حينئذ مائتان نقض الحكم لأنه إنما حكم بناء على البينة السالمة عن المعارض بالبينة التي هي مثلها أو أرجح وقد بان خلاف ذلك وتبين إسناد ما يمنع الحكم إلى حالة الحكم فهو كما لو حكم للخارج على صاحب اليد ببينةٍ وانتزعت العين منه ثم أتى صاحب اليد ببينةٍ فإن الحكم ينقض لمثل هذه العلة المذكورة وخالف ما لو رجع الشاهد بعد الحكم فإنه لم يتبين إسناد مانع إلى حالة الحكم لأن قول الشاهد متعارض وليس أحد قوليه أولى من الآخر .

قال أبو زرعة : قلت والفرق بينه وبين الصورة التي استشهد بها أن البينة التي أقامها الداخل لو كان أقامها قبل امتنع الحكم لغريمه ووجب الحكم له بخلاف هذه الصورة فإن البينة المعارضة لو أقيمت من الأول منعت الحكم الأول ومن الجانبين لتعارضهما وتساقطهما فإنه لا ترجيح لأحدهما على الأخرى بل قد ترجحت المحكوم بها بالحكم والحكم لا ينقض بالاحتمال مع الاعتضاد أيضاً فإن الأصل في العقود الجارية بين المسلمين الصحة . (٢)

---

(١) [الموسوعة الفقهية - (سفه)]

(٢) [الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيثمي - باب الحجر]

٣- قاعدة : (لا يزال الضرر بمثله)

أ - إذا اشتغل أحد بصنعةٍ أو تجارةٍ في سوق ، فليس لأرباب هذه الصنعة أو التجارة أن يحجروه أو يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصنعة أو التجارة بداعي أنه يطرأ على ربحهم وكسبهم نقص وخللٌ .

ب - وكذلك لو فتح أحد حانوتاً في جانب حانوتٍ لآخر وكسد البيع والشراء في الحانوت الأول فلا يقفل الحانوت الثاني ويمنع في زماننا بعض أرباب الصنائع والتجارة غيره من فتح حانوتٍ أو مخزنٍ لتعاطي تلك الصناعة أو التجارة إذا كان الحانوت أو المخزن قريباً من حانوته أو مخزنه مسافةً معلومةً .
فعليه إذا رفع الأمر إلى المحكمة فعلى المحكمة أن تمنع حصول أمورٍ كهذه . (١)

ج - المؤجر إذا أخذ الأرض وفيها غراس أو بناء للمستأجر ، فإن أباهما أي : أبى من يريد الرجوع في الأرض القلع مع ضمان النقص ، وأخذ الغراس أو البناء بقيمته أيضاً أي مع إباء المفلس والغرماء القلع ، سقط رجوعه لأنه ضرر على المفلس والغرماء ، ولا يزال الضرر بالضرر . (٢)

---

(١) [درر الحكام - الكتاب التاسع : الحجر . الباب الأول - الفصل الأول - (مادة : ٩٦١)]

(٢) [مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى - كتاب الحجر]

الفصل السادس

الضمان

أ - تعريف الضمان :

١- الضمان في اللغة ، يعني الالتزام ، تقول : ضمنت المـال ، إذا التزمتـه . ويتعـدى بالتضعيف ، تقول : ضمنته المال ، إذا ألزمته إياه .

ويأتي بمعنى الكفالة ، تقول : ضمن الشيء ضماناً ، فهو ضامن وضمين، إذا كفله.

كما يأتي بمعنى التغريم ، تقول : ضمنته الشيء تضميناً إذا غرمته فالتزمه .

٢- وأطلق في لسان الفقهاء ، على المعاني الآتية :

أ - أطلق على كفالة النفس وكفالة المال ، كذلك استعمله جمهور الفقهاء - سوى الحنفية - إذ عنونوا الكفالة بالضمان .

ب - وأطلق أيضاً على غرامة المتلفات والغصوب والتعييبات والتغييرات .

ج - كما أطلق على ضمان المال ، بعقد وبغير عقد .

د - وأطلق على وضع اليد على المال بحق وبغير حق .

ب - **مشروعيته** : يستدل لشرعية الضمان في معانيه المذكورة آنفاً ، بما يأتي :

١- فيما يتصل بمعنى الكفالة ، بقوله تعالى : (ولمن جاء به حمل بعير ، وأنا به زعيم) أي كفيل ضامن . فقد ضمن يوسف - عليه السلام - لمن جاء بصواع الملك ، وهو إناؤه الذي كان يشرب به ، قدر مايحمله البعير من الطعام .

٢- وفيما يتصل بالإتلافات ونحوها ، بحديث " أنس قال : أهدت بعض أزواج النبـي ﷺ طعاماً في قصعة ، فضربت عائشة القصعة بيدها ، فألقت ما فيها . فقال النبـيﷺ : "طعام بطعام، وإناء بإناء" .

٣- ومما يتصل بضمان المال ، بعقـد وغيره : حديث أنس ، أن النبيﷺ قال : لا يحـل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه " .

٤- ومما يتصل بضمان وضع اليد :

حديث " عائشة ، أن النبي ﷺ قال : "الخراج بالضمان" .

ج - أسباب الضمان :

أسباب الضمان ثلاثة : الإتلاف والتسبب ووضع اليد غير المؤتمنة كالبيع الفاسد يـضمنه المبتاع بالقبض بخلاف الخيار إذا أصيب بسماوي وعلى هـذه القاعـدة تتخـرج فـروع الضمان ، وهي متفق عليها .

وقال القرافي : في الفرق السابع عشر والمائتين ، أسباب الضمان [ثلاثة فمتى وجد واحد منهما وجد الضمان] ومتى لم يوجد واحد منهما لم يجب الضمان .

أحدها : التفويت مباشرة كإحراق الثوب ، وقتل الحيوان ، وأكل الطعام ونحو ذلك.

وثانيها : التسبب للإتلاف كحفر الآبار في موضع لم يؤذن فيه ووضع السموم في الأطعمة ووقود النار بقرب الزرع .

وثالثها : وضع اليد غير المؤتمنة ، فيندرج في غير المؤتمنة ، يد الغاصب والبائع يضمن المبيع الذي يتعلق به حق توفية قبل القبض ، فإن ضمان المبيع الذي هذا شأنه منه ، لأن يده غير يد أمانة ، ويد المتعدي بالدابة في الإجارة .

د - موجبات الضمان :

ويضمن المكره على إتلاف المال ، لأن الإكراه سبب ، وفاتح القفص بغيـر إذن فيطيـر مافيه حتى لايقدر عليه ، والذي يحل دابة من رباطها أو عبداً مقيداً خوف الهرب فيهرب لأنه متسبب كان الطيران عقب الفتح والحل أم لا ؟

وكذلك السارق يترك الباب مفتوحاً ، وما في الدار أحد .

وقال الشافعي : إن طار الحيوان عقب الفتح ضمن ، وإلا فلا ، لأن الحيوان طـار حينئـذ بإرادته لا بالفتح .

وقال أبو حنيفة : لايضمن إلا في الزق إذا حله فيتبدد ما فيه .

وفي النظائر لأبي عمران : مسائل مايضمن إذا ادعى تلفه ، من ذلك عارية ما يغاب عليه والبيع بالخيار إذا كان مما يغاب عليه [ونفقة الولد عند الحاضنة إذا ادعت تلفها، والمرأة إذا أصدقها مايغاب عليه] ، [وكذلك إذا اعطاها نقداً بالجهاز وهو مما يغاب عليه] فادعت تلفه فعليها أن تخلفه من مالها ، والورثة إذا اقتسموا ثم انتقضت القسمة بلحوق الدين ، أو الغلط وقد أتلف بعضهم ما يغاب عليه [فهم ضامنون لما يغاب عليه] وكذلك الصناع هم ضامنون [إلا أن تقوم لهم البينة ، وكذلك رهن] ما يغاب عليه هم ضـامنون فـي هـذه الوجوه كلها ، إلا أن تقوم لهم بينة على تلفها فيبرؤون من الضمان عند ابن القاسم .

وأشهب يقول : هم ضامنون وإن قامت له بينة على تلفه ، وأما عارية ما لا يغاب عليـه ورهن ما لا يغاب عليه فلا ضمان .

وأما ما يغاب عليه ولا يضمن فالودائع ، والقراض ، وما طريقته الأمانة فلا ضمان فـي ذلك . وأما كراء مايغاب عليه [فلا ضمان إذا ادعى تلف ذلك ، وقيل إن أكرى مـا يغـاب عليه] مثل الجفنة فهو ضامن ، وقيل إنما الرواية في دعواه الكسر لأنه يقدر على تصديق نفسه بإحضار الفلقتين ، وأما دعواه الضياع في الجفنة فهو مصدق .

وأما الصانع فيضمن إن انتصب للصنعة ولم يكن في بيت رب الصنعة ولم يكـن ملازمـه فإن كان أحدهما فأمين .
وحامل الطعام يضمن في سائر أنواع الحبوب والإدام سواء حمله على رأسـه أو علـى الدابة أو في سفينة إلا ببينة أو بصحبة ربه .

وأما الراعي فلا ضمان عليه فيما تلف من الغنم وغيرها إذا لم يتعد ، ولا فرط وأقصى ما عليه فيما ضل أو هلك اليمين أنه ما فرط ولا تعدى .

وأما الخاتن والطبيب والحاجم والمعلم فلا ضمان على حجام وبيطار وخاتن وطبيب إن مـات أحد مما صنعوا إن لم يخالفوا ، ومعلم الكتاب والصناعة في الأدب ، ولو آل إلى الموت إن لـم يتجاوز ، فيضمن لتعديه وجهله .

ومن فعل فعلا يجوز له من طبيب وشبهه على وجه الصواب فتولد منه هلاك أو تلف مال فلا ضمان عليه ، فإن كان جاهلاً أو لم يؤذن له أو أخطأ فيه أو في مجاوزة أو تقـصير فالضمان كالخطأ .

وكذا لا ضمان على النوتي وهو صاحب السفينة وهو مصدق في تلف المتاع المحمول إذا غرقت السفينة بفعل سائغ إلا أن يكون الذي حمله طعاماً أو إداماً وهلك بغير بينـة ولـم يحضره ربه .

والوكيل أمين بأجرة أو غيرها مفوضاً أو مخصوصاً سواء ادعى تلف السلعة التي وكـل على بيعها أو ثمنها إن باع ، وكذا المبضع أمين في البضاعة إن كانت مما يغاب عليه .

هـ - ضمان الأجير :

إذا هلك المتاع بسبب حامله من عثار أو ضعف حبل ، أو ذهاب دابة أو سفينة فلا ضمان.

أما ما غرر فيه بضعف حبل فيضمن القيمة بموضع الهلاك .

فإذا هلك بأمر سماوي بالبينة فله الكراء كله ، وعليه حمل مثله ، من موضع الهلاك

و - ما لا يجب فيه الضمان :

الأجراء والصناع تحت يد الصانع أمناء له فإذا تلف بأيديهم شيء بغير تعد فـلا ضـمان عليهم ، لأنهم صناع له خاصة ، وأما لو غابوا على السلع فإنهم يضمنون .

وكذلك الطبيب يقلع (سناً) فيدعى صاحبها أنه إنما أذن في غيرها ، والطبيب يدعى الإذن في المقلوعة فالقول قوله مع يمينه ، فإن اعترف الطبيب بالخطأ في المأذون في قلعهـا ضمن .

وكذلك الصباغ يضمن الثوب فيقول ربه إنما أمرتك بلون آخر فالقول قول الصباغ مع يمينه .

وكذلك : إذا نحر الراعي ناقة من الإبل أو ذبح شاة من الغنم وادعى أنـه خـاف عليهـا الموت فإنه مصدق . (١)

ز - شروط وجوب الضمان :

ومن شروط وجوب ضمان المتلفات : أن يكون الشيء المتلف متقوماً ، فلا يجـب الضمان بإتلاف الخمر والخنزير على المسلم ، سواء أكان المتلف مسلماً أم ذمياً ، لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم .

أما لو أتلف مسلم أو ذمي على ذمي خمراً أو خنزيراً فيرى الحنفيـة والمالكيـة وجـوب الضمان، واستدلوا بأننا أمرنا أن نترك أهل الذمة وما يدينون .

ويقول الشافعية والحنابلة بعدم وجوب ضمان الخمر والخنزير مطلقاً، سواء أكانا لمسلم أم ذمي ، لأن ما حرم بيعه لحرمته لم تجب قيمته كالميتة ، ولأن الخمـر والخنزيـر غيـر متقومين فلا يجب ضمانهما ، ودليل أنهما غير متقومين في حق المسلم - فكذلك في حق الذمي - (أن النبي ﷺ قال : فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم) وهـــذا يقتضي أن كل ما ثبت في حق المسلمين يثبت في حق الذميين . (٢)

---

(١) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب - للإمام المنجور : أحمد بن علي المنجور (٥٣٥ - ٥٥٠)

(٢) الموسوعة الفقهية - [ضمان]

ح - تقدير الضمان :

إن ضمان المتلفات يتقدر بالمثل بالكتاب والسنة وفيما لامثل له بالقيمة ، فإن كان اللبن من ذوات الأمثال فالواجب المثل والقول قول من عليه في بيان المقدار وإن لم يكن من ذوات الأمثال فالواجب هو القيمة، فأما إيجاب التمر مكان اللبن فمخالف لما ثبت بالكتاب والسنة.

وفيه تسوية بين قليل اللبن وكثيره فيما يجب مكانه وهذا مخالف للأصول ، لأن الأصل أنه إذا قل المتلف قل الضمان ، وإذا كثر المتلف كثر الضمان . (١)

والمعلوم من الأصول : أن ضمان المثليات بالمثل . وضمان المتقومات بالقيمة من النقدين . وههنا إن كان اللبن مثلياً كان ينبغي ضمانه بمثله لبنا . وإن كان متقوماً ضمن بمثله من النقدين . وقد وقع ههنا مضموناً بالتمر . فهو خارج عن الأصلين جميعاً .

إن القواعد الكلية تقتضي أن يكون المضمون مقدار الضمان بقدر التالف . وذلك مختلف، فقدر الضمان مختلف لكنه قدر ههنا بمقدار واحد . وهو الصاع مطلقاً . فخرج من القياس الكلي في اختلاف ضمان المتلفات باختلاف قدرها وصفتها . (٢)

ط - أقسام ضمان المتلفات :

يقسم ضمان المتلفات إلى قسمين : ضمان الفعل الشخصي - وضمان فعل الآخرين :

أولاً : ضمان الفعل الشخصي : ويكون بتعويض الآخرين عن الضرر الذي يوقعه الشخص في أموالهم . ويكون التعويض بإزالة الضرر المادي اللاحق بالآخرين ، ويأتي هذا التعويض تطبيقاً للقاعدة الفقهية الكبرى التي تقرر أن "الضرر يزال" .

فإذا كان الضرر واقعاً على النفس فيكون التعويض بالقصاص بالمثل .

أما إذا كان الضرر واقعاً على الأموال فيكون التعويض بجبر الضرر وإعادة حق المعتدى عليه كما كان قبل حصول الضرر في حقه، ولا يكون بالإتلاف المماثل لما فيه من عموم الضرر .

---

(١) المبسوط - السرخسي - الجزء الثالث عشر - باب الخيار في البيع .

(٢) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، ابن دقيق العيد - الجزء الثاني - باب مانهي عنه في البيوع .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد وقت تقدير العوض :

١- في المثلي :

رأى أبو يوسف اعتبار القيمة يوم الغصب ، ورأى الإمام محمد اعتبار ذلك يوم الانقطاع ، واعتبر أبو حنيفة ذلك يوم القضاء .

وأصح أقوال الشافعية : أن المعتبر أقصى قيمة وصل إليها المثلي من وقت الغصب إلى أن تعذر المثل .

٢- في القيمي :

تعتبر القيمة يوم الغصب عند الحنفية والمالكية ، أما الشافعية فيرون اعتبار أقصى ماوصلت إليه القيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف .

ثانياً : ضمان فعل الآخرين : ويشمل ذلك الأنواع التالية :

١- ضمان الإنسان فعل الخاضعين لرقابته : كالصغار تحت ولاية الأب والوصي وطلاب المدرسة تحت رقابة المعلم والناظر واشترط الفقهاء لهذا الضمان :

أ - أن يكون الاتلاف ناشئاً عن تقصير الأولياء في حفظهم .

ب - أو يكون بسبب إغراء الأولياء بإتلاف المال .

ج - أو يكون بسبب تسليطهم على المال .

٢- ضمان الإنسان فعل تابعيه كالموظفين والخدم والسائقين ومن في حكمهم :

فالأجير لايضمن ماتلف بيده بلاصنعة ويكون الضمان في ذلك على متبوعه .

وكذلك لايضمن الخادم تخريق الثوب من غسله ولا فساد الطعام من الطاهي .

ولا يضمن حارس السوق لأنه أجير خاص وهو لايضمن ماتلف بعمله إلا إن تعمد الفساد.

٣- ضمان فعل الحيوان :

فرق الفقهاء بين الحيوان العادي والخطر :

فأما العادي فذهب الجمهور إلى أنه إذا أتلف الحيوان شيئاً ومعه راكب أو قائد فيضمن ، أما إذا كان الحيوان موقوفاً في مكانه الخاص أو كان بدون قائد فلا يضمن.

فإن أوقف الإنسان دابته في الطريق أو السوق فيضمن ماتتلفه لتعديه في ايقافها في المزدحمات ، وإن أرسلها في الأسواق والطرقات العامة يضمن ماتتلفه أيضا من ملك الآخرين .

أما الحيوان الخطر كالكلاب العقور والكبش النطوح ونحوهما : فلا تضمن جنايته عند الحنفية ، وعند المالكية يضمن صاحبه إذا علم بخطره فيعتبر مقصراً ، ومذهب الشافعية والحنابلة أن صاحبه ضامن إن قصر في حفظه وكف شره عن الناس .

٤- ضمان سقوط البناء :

- فإن كان البناء مختلاً أصلاً فأتلف نفساً أو حيواناً أو مالاً فيضمن صاحبه لأنه يعتبر متعدياً بإهماله للبناء .
- أما إذا كان البناء قوياً ثم طرأ عليه الخلل ، ففي المسألة خلاف :

إذ يرى الشافعية عدم الضمان وقاعدتهم في ذلك : (ما كان أوله غير مضمون لاينقلب مضموناً بتغيير الحال) .

والحنابلة يرون الضمان مطلقاً بقياس الخلل الطارئ على الخلل الأصلي في البناء لتعدي المالك بعدم إصلاحه .

واشترط الحنفية والمالكية للضمان شروطاً :

أحدها : تنبيه المالك لدفع الضرر الملحوظ وتدارك الخطر قبل وقوعه .

ثانيها : أن يكون المتقدم صاحب حق أو مصلحة كالجار .

ثالثها : أن يكون التقدم والتنبيه قبل البناء بمدة تسمح بإصلاحه .

- وقد نص الفقهاء على الواجب من الضمان بسقوط الأبنية بأن : ماتلف من النفوس ففيه الدية على عاقلة مالك البناء ، وما تلف به من الأموال فعلى مالك البناء .

٥- ضمان التلف بالأشياء :

يرى جمهور الفقهاء أن كل موضع يجوز للواضع أن يضع فيه أشياء لايضمن مايترتب على وضعها فيه من ضرر ، أما إذا وضعت في مواضع لايجوز وضع الأشياء فيها فيضمن ماينشأ عنها من أضرار ، وعليه :

- إن وضع جرة أو نحوها في طريق لايملكه فتلف بها شيء ضمن .
- ولو قعد في طريق ليبيع فتلف بقعوده شيء فلا يضمن إذا كان جلوسه للبيع بإذن الحاكم ، ويضمن إن لم يكن مأذوناً .
- ولو حمل على سيارته شيئاً فسقط المحمول على شيء فأتلفه أو اصطدم بشيء فكسره فهو ضامن .
- ولو أوقف سيارته في مكان غير معد لوقوف السيارات فسببت ضرراً فهو ضامن لتعديه بالوقوف .

- ولو خالف أنظمة المرور بزيادة سرعة أو سير باتجاه معاكس وترتب على ذلك ضرر فإنه يضمن الأضرار الحادثة .

٦- ضمان التاف بالأشياء الخطرة :

كحمل الأسلحة والآلات الكهربائية في الطرقات والأسواق . فالضرر الذي يلحقه الحامل لهذه الأدوات بالأنفس والأموال يضمنه صاحبه في كل حال .

- فلو انفلتت مطرقة من نجار أو ساطور من جزار خلال العمل فأتلف عضو إنسان يضمن .
- ولو وقع شيء من أجزاء السيارة أو حمولتها خلال سيرها على إنسان فمات ضمن السائق .

٧- ضمان أخطار المصانع وإصابات العمال :

لايسوغ في الفقه الإسلامي إدراج أخطار المصانع في قاعدة : (الغرم بالغنم) ، لأن العامل يتقاضى أجره على عمله ، فليس من العدل تحميل رب العمل الأجر وضمان الخطر لاسيما إذا لم يكن رب العمل متسبباً في حدوث الضرر ، بل كان بتسبب العامل نفسه بتقصيره من إهمال أو قلة احتراس والأصلح في هذه الأحوال : الأخذ بنظام التأمين التعاوني الحرفي ، حيث يساهم أفراد كل حرفة بدفع نسبة من الدخل شهرياً وتنمى الحصائل بالوجوه الشرعية ثم تدعم من الحكومة وتضاف إليها أموال الزكاة والتبرعات ونحوها ، وتغطى منها أضرار العمالة الحادثة .

وقد أقر الفقهاء تطبيق هذا المبدأ في تعاون تجار مدينة البندقية لما تعاونوا على دفع أخطار البحار عن بضائعهم وعن أنفسهم .

كما نص الفقهاء على أنه في حال انقطاع أواصر العاقلة ، يكون التناصر بالحرف ويكون أهل الحرفة بمثابة العاقلة .

ي - حالات انتفاء الضمان :

١- حالة الدفاع عن النفس أو العرض أو المال من اعتداء الآخرين : ويشترط في هذه الحالة أن يكون الدفاع بالتدرج فيكون بالقول ثم بالضرب ثم بالقتل .

ويشترط أيضا أن يكون الاعتداء محدقاً مفاجئاً لايمكن صاحبه من اللجوء للسلطة لحمايته

٢- حالة الضرورة : فيجوز دفع الضرر عن النفس ولو أدى إلى الإضرار بالآخرين إذا كان الضرر الذي يدفعه أشد من الضرر اللاحق بالآخرين ، فمن ذلك :

- أكل مال الآخرين لدفع الجوع الذي يؤدي إلى الموت .
- هدم الحائط المائل إلى طريق العامة دفعاً للضرر العام .

٣- حالة تنفيذ أمر الولي : لوجوب الطاعة ، وذلك إذا توفر شرطان :

أ - أن يكون المأمور به جائز شرعاً .

ب - أن يكون الآمر ذا ولاية على المأمور .

٤- حالة إذن المالك : ويشترط لانتفاء الضمان في هذه الحالة :

أن يكون الشيء المأذون بإتلافه مملوكاً للآذن بحيث يملك التصرف فيه وإتلافه لكونه مباحاً .

٥- حالة إذن ولي الأمر : وذلك كأن يأذن الحاكم أو من يمثله لإنسان إنشاء بناء أو حفر بئر في طريق أو سوق أو نحوهما فينتفي عنه الضمان بشرط عـدم إضـرار الإذن بالنـاس كضيق الطريق مثلاً .

ك - عوارض الضمان :

وهي الأسباب التي تمنع صاحبها من الضمان وغالباً ماتكون هذه العـوارض سـماوية لا يـد للإنسان فيها .

من هذه العوارض : (الجنون والعته والسفه والسكر) وفيها يضمن صاحبها ما أتلفـه علـى الآخرين .

أما (الإكراه) فلا يضمن المكره ما أتلفه من مال الآخرين بل يضمن الذي أكرهه على الإتلاف .

وكذلك (الجهل والخطأ والنسيان) لاتعتبر أعذاراً في حقوق العباد فيجب الضمان فيها بـإتلاف المال للآخرين .

أما (الاضطرار) فإن كان بإذن الحاكم لايضمن وإن كان بغير إذنه استوجب الضمان.

وآخر العوارض (الصغر) فإذا أتلف الصغير حقاً للآخرين وجب التعويض عن الإتلاف عليه إن كان له مال فإن لم يكن له مال بقيت القيمة في ذمته إلى حين يساره ولايضمن وليه (*) .

(*) للتوسع في هذا الموضوع يراجع كتاب : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام - للدكتور : محمد فوزي فـيض ا - مكتبة دار التراث - الكويت ، فقد استفدت منه كثيراً في هذا الفصل .

ل – تطبيقات القواعد الفقهية على بحث الضمان :

١ - قاعدة : (إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر)

أ - لو حفر رجل بئراً في الطريق العام فألقى أحد حيوان شخص في ذلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان ولاشيء على حافر البئر ، لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان ولو لم ينضم إليه فعل المباشر وهو إلقاء الحيوان في البئر لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط

ب - لو دل شخص لصاً على مال لآخر فسرقه اللص فليس على الدال ضمان وإنما الضمان على اللص .

ج - حفرت شركة مقاولات حفرة لتمديدات الكهرباء ووضعت العلامات الإرشادية للتنبيه ووجوب الانحراف عن مكان الحفرة وجاء شخص يقود سيارة فوقع فيها دون الانتباه لوجود إشارات التنبيه فالضمان على السائق لأنه المباشر ، وقد أخلت الشركة مسئوليتها بوضعها لإشارات التحذير من الوقوع في الخطر

د - دل رجل آخر على بنك من البنوك يصدر بطاقات ائتمان فذهب إلى البنك وحصل على بطاقة ائتمان وقرأ نشرة الإصدار وأنه يترتب عليه فوائد في حالة عدم السداد ، واستخدم البطاقة ، وترتب عليه فوائد ، فيكون الشخص الآخر هو المسئول لأنه المباشر رغم اطلاعه على المستندات المذكورة فيها تلك الفوائد .

- أما إذا كان السبب يفضي إلى التلف مباشرة يترتب الحكم على المتسبب :

أ - لو تماسك شخصان فأمسك أحدهما بلباس الآخر فسقطت منه ساعة فكسرت فيترتب الضمان على الشخص الذي أمسك بلباس الرجل رغم كونه متسبباً والرجل الذي سقطت منه الساعة مباشر ، لأن السبب هنا قد أفضى إلى التلف . (١)

٢ - قاعدة : (إذا انقطع المثل في المثلي تعتبر القيمة وقت القضاء)

أ - لو تعدى شخص على آخر فسلبه شيئاً وجب عليه رد مثله إذا هلكت العين المساوية فإذا عجز عن إيجاد مثله تحول إلى القيمة وقت القضاء ، وذلك إذا كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً متقارباً ، أما إذا كان لا مثل له كالحيوانات والثياب والعدديات المتفاوتة فالواجب فيها المثل معنى وهو القيمة عند تعذر رد العين عند الجمهور . (٢)

---

(١) [درر الحكام –علي حيدر- الجزء الأول - المادة (٩٠)]

(٢) [كشف الأسرار - شرح أصول البزدوي - عبدالعزيز البخاري - الجزء الأول - باب الأمر]

ب - استاف رجل سيارة من صديقه وقادها بسرعة فوقع له حادث ، كان هو المتسبب فيه ، كما تضررت السيارة ولم توجد قطع الغيار اللازمة لإصلاح السيارة ، وقدر الخبراء قيمة استيرادها بأربعة آلاف ريال ، فعلى مستاف السيارة دفعها لأنه إذا انقطع المثلي فتعتبر القيمة وقت القضاء .

٣- قاعدة : (الضرر الأشد يزال بالأخف) :

أ - إذا غرس شخص شجراً أو أقام بناء في أرض مغصوبة ، فمذهب الجمهور أنه يؤمر بهدم البناء وقلع الشجر ، وذهب الكرخي من الحنفية إلى أن صاحب الأكثر قيمة من الشجر والبناء أو من الأرض يضمن لصاحب الأقل قيمه منهما تطبيقاً لقاعدة : الضرر الأشد يزال بالأخف .

أما إذا كانت قيمة البناء أو الشجر أكثر من قيمة الأرض فإن لصاحبهما أن يتملك الأرض بقيمتها . (١)

ب - اشترى رجل أرضاً كبيرة وخططها وبقيت في أطرافها زوائد ، باع الجزء المخطط، وفي غفلة منه أقام بعض الأشخاص مباني على الزوائد الخارجة عن المخطط ولكن ضمن ملكية صاحب الأرض ، وكانت قيمة المباني تزيد عن قيمة الأرض ، فلمالك الأرض قيمة الأرض فقط لأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

ج - أقام رجل عمارة في منطقة مسموح البناء فيها بأربعة أدوار ، فأقام عليها خمسة أدوار ، وكانت أساسات البناء تتحمل الطابق الإضافي ، فكان النظام يقتضي بالإزالة أو الغرامة ، ومقدار الغرامة (٥٠ ألف ريال) وقيمة البناء (٢٠٠ ألف ريال) فيدفع الغرامة لأن الضرر الأشد يزال بالأخف ، علماً أن الدور الإضافي المشيد لايؤذي الجوار .

٤- قاعدة : (العجماء جرحها جبار)

أ - من أرسل دابته أو سيبها في الأسواق أو الطرقات العامة ، يضمن ما تتلفه لأن التسييب يكون في البراري والمراعي لا في الطرقات ولا في ملك الآخرين .

ب - ومن أوقف دابته في طريق من طرق المسلمين أو في سوق من أسواقهم يضمن ما تتلفه لتعديه بإيقافها في مزدحمات الناس وشغل الطرقات بها .

وفي الحديث : "من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن". (٢)

---

(١) [نظرية الضمان - د. فوزي فيض الله - ص(١٦٨ - ١٦٩)]

(٢) [نظرية الضمان - د. فوزي فيض الله - ص(١٧٦)]

٥- قاعدة : (ما كان أوله غير مضمون لاينقلب مضموناً بتغير الحال)

أ - إذا شيد بناء بشكل سليم ثم طرأ عليه خلل فسقط وأتلف نفساً أو حيواناً أو مالاً :

فيرى الشافعية عدم الضمان لأنه لم يوجد من مالك البناء فعل يعتبر تعدياً ، ولأن ميل البناء لم يحصل بفعله ، ولأن من قواعد الشافعية : ما كان أوله غير مضمون لاينقلب مضموناً بتغير الحال . (١)

ب- تشترط الدولة أن يراجع مخططات المباني مهندس استشاري ، فأقام رجل مبنى بدون الرجوع إلى المهندس الاستشاري معتمداً على خبرته في البناء فوقع البناء ، فعليه الضمان لأنه خالف شروط البناء .

٦- قاعدة : (الاضطرار لايبطل حق غيره)

أ - إذا هدم رجال الإطفاء داراً قطعاً للحريق ومنعاً من التهامه بيوت الآخرين ، فإذا تم ذلك بإذن من الحاكم فهو لايستوجب الضمان لأنه دفع للضرورة .

أما إذا كان بغير إذن الحاكم فإنه مضمون تطبيقاً للقاعدة المذكورة . (٢)

ب - لو هجم جمل صائل على شخص وأصبحت حياته مهددة فله إتلاف الجمل تخليصاً لحياته من يد الهلاك، إلا أنه يجب عليه أن يدفع قيمة الجمل لصاحبه. (٣)

ج - كان رجل يسير بجوار منزل فهجم عليه كلب حراسة فاضطر لقتله دفاعاً عن نفسه مع أنه أصيب في يده ، فعلى صاحب الكلب أرش الجرح لإطلاقه الكلب ، وعلى قاتل الكلب قيمة الكلب ، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير .

٧- قاعدة : (الجهل بالأحكام في دار الإسلام ليس عذراً) :

أ - من أكل طعاماً أو استهلك مالاً وهو يظن أنه له فظهر أنه لغيره ضمنه ، ووجب عليه تعويضه ، لأن جهله به لايعتبر عذراً .

ولو كان الجهل في هذا عذراً لتذرع المفسدون به فيما يلحقون بالآخرين من أضرار بالأنفس والأموال . (٤)

ب - وجد رجل في مسجد ساعة فأخذها وباعها ، ثم ظهر صاحب الساعة ، فعلى الرجل ردها أو رد مثلها لأن جهله بأحكام اللقطة في الإسلام لايعتبر عذراً لأنه يعيش في ديار الإسلام

---

(١) [نظرية الضمان - د. فوزي فيض ا - ص(١٧٩ - ١٨٠)]

(٢) [نظرية الضمان - د. فوزي فيض ا - ص(١٦٨ - ١٦٩)]

(٣) [درر الحكام - الجزء الأول - (المادة: ٣٣)]

(٤) [نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام - د. محمد فوزي فيض ا - ص٢٠٨]

٨- قاعدة : (الضرورة تقدر بقدرها) :

لو حفر حفرةً في طريق المسلمين العام ، أو في مكان عامٍ لهم ، كالسوق والمنتـدى والمحتطب والمقبرة ، أو أنشأ بناء ، أو شق ترعةً ، أو نصب خيمةً ، فعطـب بهـا رجل ، أو تلف إنسان ، فديته على عاقلة الحافر ، وإن تلف بها حيوان ، فضمانه في ماله، لأن ذلك تعدٍ وتجاوز ، وهو محظور في الشرع صيانة لحق العامة لا خلاف في ذلك .

- وقال المالكية : لو حفر بئراً في طريق المسلمين فتلف فيها آدمي أو غيره ضـمن الحافر لتسببه في تلفه ، أذن السلطان أو لم يأذن ويمنع من ذلك البناء
- وقال الشافعية : لو حفر بطريق ضيق يضر المارة فهو مـضمون وإن أذن فيـه الإمام، إذ ليس له الإذن فيما يضر ، ولو حفر في طريقٍ لا يضر المارة وأذن فيه الإمام فلا ضمان، سواء حفر لمصلحة نفسه أو لمصلحة المسلمين ، وإن لم يأذن فإن حفر لمصلحته فقط فالضمان فيه ، أو لمصلحة عامةٍ فلا ضمان في الأظهر لجوازه ومقابل الأظهر : فيه الضمان ، لأن الجواز مشروط بسلامة العاقبة .
- وفصل الحنابلة ناظرين إلى الطريق : فإن كان الطريق ضيقاً ، فعليه ضمان مـن هلك به، لأنه متعدٍ ، سواء أذن الإمام أو لم يأذن ، فإنه ليس للإمـام الإذن فيمـا يضر بالمسلمين ، ولو فعل ذلك الإمام ، يضمن ما تلف به لتعديـه . وإن كـان الطريق واسعاً ، فحفر في مكان يضر بالمسلمين ، فعليه الضمان كذلك . (١)

٩- قاعدة : (المباشر ضامن وإن لم يتعد) :

أ - لو دخل شخص حانوت بقالٍ فزلقت رجله فسقط على زق عسلٍ فشقه يضمن .

ب - كذلك لو تطايرت شرارة من دكان حدادٍ وهو يطرق الحديد فحرقت لباس إنسان لزمه ضمانها .

ج - كذا لو تطايرت قطعة حطبٍ والحطاب يكسر الحطب فكسرت زجاج نافذة دار الجـار يكون الحطاب ضامناً .

د - كذا لو استأجر شخص إنساناً لأن يهدم له حائطاً فوقع من الحـائط حجـر فأصـاب شخصاً فتجب الديةُ على العامل .

هـ - كذلك لو أطلق شخص عياراً نارياً فأتلف مالاً لآخر فيلزمه الضمان ، لأنه لما كـان مباشراً لايشترط التعدي للزوم الضمان . (٢)

---

(١) [الموسوعة الفقهية (ضرورة)] .

(٢) [درر الحكام - الجزء الأول - (المادة ٩٢)]

و - والتعدي بمجاوزة ذي اليد في استعمال الدابة ، فحيث استعملها في حدود حقه ، في ملكه ، أو المحل المعد للدواب أو أدخلها ملك غيره بإذنه ، فأتلفت نفساً أو مـالاً، لا ضمان عليه إذ لا ضمان مع الإذن ، بخلاف ما لو كان ذلك بغير إذن المالك أو أوقفها في محلٍ لم يعد لوقوف الحيوانات ، أو في طريق المسلمين ، فإنه يكون ضامناً لمـا تتلفه حينئذ إذ كل من فعل فعلاً لم يؤذن له فيه ضمن ما تولد منه .

ز - إذا أدخل أحد دابته في ملك غيره بإذنه ، لا يضمن جنايتها ، حيث إنها تعد كالكائنـة في ملكه ، وإن كان أدخلها بدون إذن صاحبه يضمن ضرر تلك الدابة وخسارها على كل حالٍ .

ح - إذا ربط شخصان دابتهما في محلٍ لهما حق الربط فيه ، فأتلفـت إحـدى الـدابتين الأخرى ، لا يلزم الضمان . (١)

١٠ - قاعدة : (المتسبب لا يكون ضامناً ما لم يكن متعمداً) :

أ - لو جفلت دابة أحدٍ من آخر : يعني : إذا جفلت الدابة من الشخص من دون أن يقصد إجفالها ففرت وضاعت ، فلا ضمان وكذلك لو اقترب منها من دون أن يقصد إجفالها .

ب- أما إذا أجفلها الشخص قصداً وفرت الدابة بسببه وضاعت كان ضامناً .

ج - لو قفز أحد من على حائطٍ على الطريق فخافت وجفلت دابةٌ مارةٌ في الطريق فألقت ما عليها من الحمل فلا يلزم ضمان .

د - وكذا إذا جفلت الدابة من صوت البندقية التي أطلقها الصياد بقصد الصيد وتلفـت أو انكسر عضو منها لا يلزم الضمان .

هـ - أما لو أطلق أحد بندقيته بقصد أن يخيف دابة الآخر فجفلت الدابة وتلفت أو تعيبـت رجلها أثناء فرارها كان ضامناً . (٢)

و - لو ذُعر حيوان شخص من آخر وفر فلا ضمان على الشخص الذي فر منه الحيـوان ما لم يكن متعمداً . كذلك لو أحرق شخص أعشاباً جافةً في أرضه فسرت النار إلـى شيءٍ لأحدٍ ما فأحرقته فلا ضمان عليه إلا إذا كان متعدياً بأن كان إحراق الأعـشاب في يومٍ شديد الريح .

---

(١) [الموسوعة الفقهية (ضمان)]

(٢) [درر الحكام - الجزء الثاني - (المادة ٩٢٣) - الكتاب الثامن : الغضب - الباب الثاني : الإتلاف]

ز - كذا لو حفر شخص بئراً في الطريق العام ولم يكن مأذوناً بذلك من قبل ولـي الأمـر فسقط في البئر حيوان وتلف فيكون ضامناً بافتنائه على ما ليس له فيه حقٌ وتعديـه بخلاف ما لو استأذن لحفره فلا ضمان عليه .

أما لو حفر إنسان بئراً في ملكه فليس عليه ضمان ، لأن للإنسان أن يتـصرف فـي ملكه كيفما شاء فلا يعد تصرفه فيه مهما كان متعدياً .

ح - كذلك : لو أسقى من له حق الشراب أراضيه حسب العادة فطفت المياه على أراضي جيرانه فأحدثت ضرراً فيها فليس من ضمان عليه . أما لو كان الإسقاء على خـلاف العادة فيكون ضامناً .

ط - لو وضع شخص فرسه مقيداً في إصطبله فجاء شخصان فحل أحدهما قيـد الفـرس وفتح الآخر باب الإصطبل فالضمان على فاتح الباب . (١)

ي - انزلقت سيارة في منحدر فأصابت رجلاً ، وكانت كوابح السيارة غير سليمة ، فعليه الضمان لتقصيره في ضبط الكوابح .

ك - خرج رجل ومعه مسدس غير مؤمن فاحتك برجل آخر فانطلقت رصاصة أصابت قدم رجل ثالث ، فعلى صاحب المسدس الضمان لأنه خرج بسلاح يقاس على نصل الرمح لم يرفعه حتى لايؤذي المسلمين ، وكذلك هذا الرجل لـم يـؤمن المـسدس فعليـه الضمان.

١١ - قاعدة : (الأجر والضمان لا يجتمعان) :

استأجر شخص دابةً أو سيارة ، لحمل شيءٍ معينٍ ، فحملها شيئاً آخر أو أثقل منه بخلاف جنسه ، كأن حمل مكان القطن حديداً فتلفت ، ضمن قيمتها ، ولا أجر عليه، لأنها هلكت بغير المأذون فيه .

وكذا لو استأجرها ، ليركبها إلى مكان معينٍ ، فذهب بها إلى مكان آخـر فهلكـت، ضمن قيمتها ، ولا أجر عليه ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان . (٢)

---

(١) (درر الحكام - المقدمة - (المادة ٩٣)] .

(٢) [الموسوعة الفقهية - (ضمان)]

١٢ - قاعدة : (العادة محكمة) :

أ - سفينةٌ كريت لقومٍ فغرقت يضمن ربها إن داس أو جهل سياسة البحـر ، وللقـوم إن انكسرت أن يأخذوا من ألواحها وأعوادها مايركبونه وينجون به أنفسهم من الموت ، ولا يجد ربها منعهم من ذلك، وقد لزمه وإن خافوا غرقاً خففوا بإلقاء بعض المـال ، ومن ألقى ماله بلا مشورتهم فمتبرع به وغرمه وحده إن كان لغيره سواء كان فـي يده بأمانةٍ أو نحوها أم لم يكن ، وإن شاورهم في إلقاء ماله أو مال غيره فأشـاروا إليه بالإلقاء ضمنوا معه كما جرت به العادة (والعادة محكمة) ولا سـيما فـي هـذه الضرورة ، وإن لم يشر إليه صاحب المال ضمنوا له ولا يضمن ماله معهم . (١)

ب - استأجر رجل سيارة من شركة تأجير سيارات لمدة ساعتين ولـم يـذكر قيمـة الإيجـار وعندما ردها غالت الشركة في الأجرة ، فليس لها إلا أجر المثل لأن العادة محكمة.

ج - شب حريق في دار مستأجرة لسبب خارج عـن إرادة المـستأجر ، وهـو ضـعف الأسلاك الكهربائية ، وهي مخفية عن المستأجر ، فأطفأ الحريق بالطفايات اليدوية الموجودة وتلوث الجدار مما استدعى إعادة الطلاء ، فلا شيء عليـه لأن العـادة محكمة وهي إطفاء الحريق .

١٣ - قاعدة : (الأصل براءة الذمة) :

أ - إذا سقط رجل في بئر فتعلق بآخر فوقعا معاً ، فدم الأول هدر لأنه مات من فعلـه ، وعلى عاقلته دية الثاني إن مات لأنه قتله بجذبته ، فإن تعلق الثاني بثالث فمـاتوا جميعاً ، فلا شيء على الثالث وعلى عاقلة الثاني ديته لأنه جذبه وباشره بالجذب.

وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا نظر : فإن كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض ، مثل أن يكون البئر عميقاً يموت الواقع فيه بنفس الوقوع ، أو كان فيه ماء يغرق الواقع فيقتله فليس على بعضهم ضمان بعض لعدم تأثير فعل بعـضهم فـي هلاك بعض ، وإن شككنا في ذلك لم يضمن بعضهم بعضاً لأن الأصل براءة الذمـة فلا نشغلها بالشك . (٢)

ب - لو طرح قمامة أو قشر بطيخ أو نحوه أو متاعاً في ملكه لم يضمن ما تلف بـشيء منها لاطراد العرف بالمسامحة بذلك مع الحاجة إليه .

---

(١) [شرح النيل وشفاء العليل - محمد يوسف أطفيش - الكتاب الثاني عشر : الإجارات - باب : ضمان الأجيـر والمكتري]

(٢) [المغني - ابن قدامة - الجزء الثامن - كتاب الديات] .

ويضمن برش الماء في الطريق لمصلحته ما تلف به ، لا برشه لمصلحة المسلمين كدفع الغبار عن المارة ، وذلك كحفر البئر للمصلحة العامة إن لـم يجـاوز العـادة والأصل براءة الذمة . (١)

ج - ركب شخص في مصعد كهربائي وفيه سبعة أشخاص فوجد مكاناً يسعه ثـم تعطـل المصعد واختنق أحد الركاب فمات فلا شيء على الراكب الأخير لأنه لم يكن يعلم أن المصعد سيقف ووجد له مكاناً يسعه (والأصل براءة الذمة) .

١٤- قاعدة : (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) :

لو دخل إنسان دار شخص فوجد على المائدة كأساً فشرب منها ووقعت الكأس أثنـاء شربه وانكسرت فلا يضمن ، لأنه بدلالة الحال مأذون بالشرب منها ، بخلاف ما لـو نهاه صاحب البيت عن الشرب منها وانكسرت فإنه يضمن ، لأن التصريح أبطل حكم الإذن المستند على دلالة الحال . (٢)

15- قاعدة : (الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل) :

أ - لو أمر شخص آخر بأن يأخذ مال إنسان أو يلقيه في البحر أو يحـرق لبـاس أحـد الناس ، أو يذبح شاة لآخر فأخذ المال ، أو ألقاه أو مـزق الثيـاب أو ذبـح الـشاة فالضمان على الفاعل دون الآمر .

وعليه فليس لإنسان حق الادعاء على آخر بأنه أمر شخصاً بـإتلاف مالـه فعليـه ضمانه مالم يكن مجبراً . (٣)

ب - احتاج رجل إلى آلة حلاقة فطلب من صديقه أن يحضر آلة من البقالة المجاورة لـه على أن يدفع ثمنها لاحقاً فذهب الصديق وأحضر الآلة ولم يخبر صاحب البقالة بأن طالبها هو فلان وهو الذي سيدفع ثمنها ورفض الطالب أن يدفع الثمن فعلى من أحـضر الآلة ضمان ثمنها لأنه أحضرها دون أن يبلغ المالك بذلك .

---

(١) [أسنى المطالب شرح روض الطالب –الشيخ زكريا الأنصاري- الجزء الرابع - كتاب الديات - الباب الرابع]

(٢) [درر الحكام - الجزء الأول - المادة (١٣)]

(٣) [درر الحكام - الجزء الأول - المادة (٩٥)]

* * *

الفصل السابع

الكسب الخبيث

حرم الإسلام أكل أموال الناس بالباطل وكل المكاسب غير الشرعية مثل الربا، وبيع العينة، وبيع المحرمات أو وسائلها، وكسب المال بالمقامرة (الميسر)، والرشوة... وغيرها.

١- الربا :

أولاً : تعريف الربا لغة :

هو في اللغة: النمو والزيادة والعلو والارتفاع (١) ومنه قوله تعالى: {ويربي الصدقات} [البقرة ٢٧٦] .

وبين لنا القرآن الكريم أن مشتقات هذه المادة تشمل على معنى النمو والزيادة والعلو..

قال تعالى: {أن تكون أمة هي أربى من أمةٍ} [النحل ٩٢] أي أكثر في المال والعدد

وقال تعالى : {فاحتمل السيلُ زبداً رابياً} [الرعد ١٧] أي طائفاً فوق سطحه.

وكذلك السنة النبوية ورد فيها صيغة الربا بهذا المعنى كما في قوله ﷺ: "من تصدق بعدل تمرة من كسب طيب ولا يصعد إلى الله إلا الطيب فإن الله يتقبلها بيمينه ثم يربيها لصاحبها كما يربي أحدكم فَلُوه حتى تكون مثل الجبل.. " (٢) والفلو: المهر حين فطامه.

ثانياً : التعريف الاصطلاحي:

- عرفه الحنفية بأنه : الفضل الخالي عن العوض بمعيار شرعي مشروطاً لأحد المتعاقدين (٣)
- وعرفه الشافعية على أنه : عقد واقع على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد، أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما (٤).
- وعرفه الحنابلة بأنه : تفاضل في أشياء ونساء في أشياء مختص بأشياء (٥).

---

(١) "لسان العرب" لابن منظور (ربا).

(٢) رواه البخاري (١٤١٠)، ومسلم (١٠١٤) وغيرهما من حديث أبي هريرة.

(٣) "الدر المختار شرح تنوير الأبصار" للحصكفي (١٧٨/٥-١٧٩ مع حاشية ابن عابدين)، "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٣٠/٢).

(٤) "حاشية إعانة الطالبين" للمليباري (١٩/٣)، "فتح العلاّم " للحجار (١٤/٥).

(٥) "شرح الزركشي على مختصر الخرقي" (٣٥٦/٢). "كشاف القناع" للبهوتي (٢٥١/٣).

ثالثاً : أدلة تحريمه:

لقد تدرج تحريم الربا في القرآن الكريم فجاء عرض القرآن الكريم للربا المحـرم فـي أربعة مواضع :

١- سورة الروم: آية ٣٩ .

{وما آتيتم من رباً ليربوا في أموال الناس فلا يربوا عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون}

أي من أراد مضاعفة أجره وثوابه عند الله عن طريق القرض والأعطية فلا يتعامـل بالزيادة المشروطة- الربا- لأن الله عز وجل لا يثيب عليه بل يثيب على ما أعطـي لوجه الله ، وما كان فيه تيسير على المؤمنين لا التعسير عليهم.

٢- سورة النساء: ١٦٥- ١٦١.

{فبظلمٍ من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدهم عن سـبيل الله كثيرا . وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال النـاس بالباطـل وأعتـدنا للكافرين منهم عذاباً أليما}

فتبين لنا هذه الآيات أن سبب نزول السخط والعذاب على بني إسـرائيل إنمـا كـان بسبب خروجهم على شريعة التوراة وانتهاكهم لحرمات الله وتعاملهم بالربا وأكلهم له وشرع من قبلنا شرع لنا (١) إلا ما ورد في شرعنا ما ينفيه.

وكأن لسان حال الآية يقول: يا معشر من آمن بالله رباً وبمحمد رسـولاً وبـالقرآن دستوراً هذا ما آل إليه حال اليهود بسبب الربا فإذا تعاملتم به كان حالكم كحالهم.

٣- سورة آل عمران: ١٣٥

{يا أيها الذين أمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفةً واتقوا الله لعلكم تفلحون} .

اتخذ القرآن من هذه الآية بداية مرحلة جديدة من مراحل التحـريم فبعـد أن كـره وبغض الربا في النفوس جعل بداية تحريمه تقوم على نبذ نـوع منـه وهـو ربـا الأضعاف المضاعفة.

---

(١) انظر "الفقه الإسلامي وأدلته " للزحيلي (٨٣٨/٢- ٨٤٩).

٤- ثم أتى القسم الأخير الذي صرح فيه القرآن الكريم بتحريم الربا بكافة أشكاله وأنواعه ومسمياته في المرحلة الرابعة الأخيرة بقوله عز وجل في سورة البقرة: ٢٧٥- ٢٨٠: {الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل ا البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظةٌ من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره إلى ا ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون . يمحقُ ا الربا ويربي الصدقات وا لايحب كل كفار أثيم . إن الذين أمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ولا خوفُ عليهم ولا هم يحزنون . يا أيها الذين أمنوا اتقوا ا وذروا مابقي من الربا إن كنتم مؤمنين. فإن لم تفعلوا فأذنوا بحربٍ من ا ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لاتَظلمون ولا تُظلمون . وإن كان ذو عسرةٍ فنظرةٌ إلى ميسرةٍ وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون}.

أما من السنة فقد وردت نصوص كثيرة تحرم الربا وتبين أحكامه حتى لا يقع فيه الناس من حيث لا يدرون ومنها :

١- عن جابر بن عبدا رضي ا عنه قال: لعن رسول ا ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال: هم سواء (١).
٢- وعنه "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد .
٣- وفي حديث أبي داود : "فمن زاد أو ازداد فقد أربى " .
ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرها يداً بيد وأما نسيئة فلا. ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرها، يداً بيد أما نسيئة فلا (٢).

فيطلق على هذه الأموال الستة الواردة في الحديث أموالاً ربوية وقد قسمها الأحناف إلى قسمين بحسب علة كل واحدة منها وبنوا عليها شروطاً:

١- الأموال الموزونة: أي علة ربويتها الوزن وهي الذهب والفضة.
٢- الأموال المكيلة: أي الأموال التي علتها الربوية الكيل وهي التمر والشعير والبر والملح.

فمن باع مالاً ربوياً بجنسه ذهباً بذهب فلا بد فيه من تساوي المقدارين، والتقابض في المجلس ولا عبرة بالجيد والرديء إذ يعتبران من صفة واحدة.

---

(١) مسلم (١٥٨٧).

(٢) أبو داود (٣/ ٢٤٨ برقم ٣٣٤٩).

أما إذا اختلفت الأجناس واتحدت في العلة الربوية كبيع الذهب بالفضة فلا بد في بيعهما من التقابض في المجلس دون التساوي في المقدار.
أما في حال اختلاف الأجناس والعلة الربوية كبيع الذهب والبر فلا يشترط فيهما لا التقابض ولا التساوي.
وجعلوا هذه الأحكام تنطبق على سائر الأموال التي تشارك هذه الأصناف في العلـة. فكـل مكيل أو موزون لا يجوز بيعه ببعضه إلا بالشروط التالية:

١- التقابض قبل الافتراق.
٢- التماثل عند اتحاد الجنس.
٣- أن يكون العقد باتاً وألا يكون فيه خيار الشرط.
٤- التنجيز في العقد وألا يكون فيه أجل.

رابعاً: أنواعه (١):

١- ربا الفضل :

وهو الزيادة في مقدار أحد البدلين المتماثلين، وغالباً ما ينشأ هذا النوع مـن مبادلـة متجانسين مبادلة فورية مع زيادة أحد البدلين على الآخر. والطريقة المشروعة هـي بيع الرديء بالنقود وشراء الجيد بها حسب الثمن المتفق عليه.

٢- ربا النسيئة :

وهو الزيادة في الدين نظير التأجيل، فكان الدائن في الجاهلية يقول للمـدين: (زدنـي أنظِرك) أي أخر الأجل لقاء الزيادة، أو يقول: (أتقضي أو تربي). وينشأ هذا النوع من مبادلة متجانسين (ذهب بذهب) أو متقاربين (ذهب بفضة) مع النساء أي التأجيل. وقد يجتمعان فيكون في البيع فضل ونساء كما في الذهب بذهب متفاضلاً ونساء.

٣- ربا القرض :

وهو النفع الذي يشترطه المقرض على المقترض، بزيادة المبلغ المسترد، أو بمنفعـة مع المبلغ . والقاعدة في ذلك أن كل قرض جر نفعاً للمقرض فهو ربـا. والربـا فـي الأنواع الثلاثة محرم شرعاً ، وقد ثبت تحريمها بالقرآن والسنة وإجماع الفقهاء، وهو قائم على الظلم لأن المتعامل بالربا لا يتحمل المخاطرة إذ ينفرد بها المقترض ومع ذلك يحصل المقرض على زيادة عن أصل ماله.

---

(١) انظر "الجامع في أصول الربا" لرفيق المصري ص ٧٤، الموسوعة الفقهية دلة البركة.

والربا مدمر لاقتصاد الأمة، لأن فيه تعطيلاً لطاقات الاستثمار المنتج ، وزيادة في أعباء الآخرين دون المبادلة المتكافئة في السلع والمنافع، وهو يخرج النقود عن دورها الاقتصادي في أنها وسيلة للتبادل ومعيار للقيم فيجعلها سلعة بذاتها، والفوائد البنكية هي من ربا القرض، وربا النسيئة، وهي محرمة، والبديل الإسلامي عنها هو المشاركة في الربح الناتج عن استثمار الأموال مع تحمل المخاطرة، وهو ما قامت لأجله البنوك الإسلامية.

الفروق الأساسية بين الربا والبيع (١):

لقد سوى العرب في جاهليتهم بين الربا والبيع، وقالوا - كما أورد القرآن الكريم عنهم : {الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا} [البقرة ٢٧٥]

ولكي تستبين شبهة العرب في التسوية بين البيع والربا نقول -وبالله التوفيق- :
لقد رد الله عليهم بآية واحدة أوضح فيها أن البيع حلال وأن الربا حرام فقال: {وأحل الله البيع وحرم الربا} وهذه الآية من الوضوح بدرجة تجعل المرء لا يملك معها إلا أن يستسلم لأمر ربه. وسنوضح أهم الفروق الأساسية بينهما فيما يلي :

(١) إن التاجر الذي يقوم ببيع السلعة يؤدي مجهوداً جسمياً وفكرياً يحصل في مقابله على هذا الربح فهو يشتري السلعة إما من السوق المحلية أو يستوردها من أماكن أخرى ويقوم بشحنها وتخزينها والإعلان عنها وترويجها وهذه أعمال يستفيد منها الكثير من أفراد المجتمع. يستفيد البائع ويستفيد الناقل ويستفيد الوسيط ويستفيد صاحب المخزن الذي تخزن فيه البضاعة فهو وسيط نافع بين المنتج والمستهلك. أما الشخص الذي يقرض النقود بفائدة فلا يقوم بشيء من هذا المجهود ولا ينتفع المجتمع من هذه العملية، اللهم إلا فائدة شخصية قاصرة على المقرض قامت على الإضرار بالآخرين.

---

(١) انظر "نظرة إسلامية لأهم القضايا الاقتصادية المعاصرة" لعمر عبدالله كامل ، تحت الطبع .

(٢) إن التاجر يخضع للربح والخسارة لأن السلعة لا تكون دائماً مربحـة، فقـد يخـسر التاجر فيها وقد يربح، ومع هذا كله تجشم للمـصاعب فهـو متعـرض للأخطـار. والأصل: أن (الغُرم بالغنم) (١)٠ أما المرابي فحصوله على الفوائد يكون دون عمـل أو تعرض للخسارة لأن موضوع تجارته نقد لا يغل بنفسه ولا يجري عليـه الغـلاء والرخص، لأنه ميزان تقدير قيم الأشياء.

(٣) إن الربا يؤدي إلى خلق طبقة من المستثمرين المتعطلين، لأن المرابي ينمي أموالـه بدون أن يسهم في أي عمل أو مخاطرة وإنما هو يمتص دماء الكادحين فهو يربيـه على الخمول والكسل، لأن الإنسان إذا رأى أنه إذا أودع مالـه فـي مـصرف مـن المصارف أو أقرضه لشخص من الأشخاص ستأتيه فائدة مضمونة، ترك العمل فـلا يكاد يحتمل مشقة الكسب والتجارة والصناعة الشاقة فيستولي عليه الكسل ويـصبح عضواً مشلولاً في المجتمع الذي يعيش فيه وكلما كثر المرابون كثرت هذه الأعضاء الفاسدة.

(٤) إن البيع يتم بين ثمن ومثمن فكان من المعقول أن يجري فيه الكسب فإن مـن بـاع سيارة تساوي ألفاً بألفين فقد جعل ذات السيارة مقابلة بالألفين فلما حصل التراضـي على هذا التقابل صار كل واحد منهما مقابلاً للآخر في المالية عندهما فلم يكن أخـذه من صاحبه شيئاً بغير عوض، أما إذا باع الألف بالألفين فقد أخذ الألف الزائدة مـن غير عوض ولا يمكن جعل الأجل والإمهال عوضاً ، لأنه ليس مالاً حتى يكـون فـي مقابلة المال.

فالإسلام بسمو تشريعاته لا يجعل الأجل بمجرده ثمناً ، لأنه أمر إنساني والزمن ليس سلعة يباع ويشترى. وقيل الفرق بينهما أن إحدى الألفين ضائعة في الثاني (الربـا) حتماً وفي الأول (البيع) منجبرة بمساس الحاجة إلى السلعة أو بتوقع رواجها.

---

(١) "القواعد الفقهية" للندوي ص ٣٠٥.

العلاقة بين الفوائد والربا :

يدعي البعض أن الفوائد هي عوائد استثمار ناتجة عن المضاربة فيأخذ البنك دور المضارب والمودع دور رب المال مع أن المادة رقم (٧٢٦) في القانون المصري تقول : (إذا كانت الوديعة من نقود أو شئ آخر مما يهلك بالاستعمال وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله اعتبر العقد قرضاً) .

وجاء في كتاب الوسيط في شرح القانون المدني المصري تحت عبارة : صور مختلفة لعقد القرض : (ومن ذلك إيداع نقود في مصرف ، فالعميل الذي أودع النقود هو المقرض، والمصرف هو المقترض) .

فعلى هذا تكون الفائدة هي نتاج قرض جر نفعاً ، والقاعدة الفقهية تقول : (الأصل في الأموال الربوية التحريم) .

الزيادة في الثمن لأجل التقسيط

الثمن في بيع التقسيط يزيد على الثمن في البيع الحال ! .

وقد وردت عند الفقهاء عبارات في جواز زيادة الثمن في بيع النسيئة:

(١) من الفقه الحنفي : " المؤجل أنقص في المالية من الحال " (١)

" لا مساواة بين النقد والنسيئة، لأن العين (الحاضر) خير من الدين، والمعجل أكثـر قيمة من المؤجل " (٢)

(٢) من الفقه الشافعي : "الطعام الذي إلى الأجل القريب أكثر قيمة من الطعام الذي إلـى الأجل البعيد . (٣)

"الأجل يأخذ جزءاً من الثمن" . (٤)

(٣) من الفقه المالكي : "جعل للزمان مقدار من الثمن" . (٥)

(٤) من الفقه الحنبلي : " الأجل يأخذ قسطاً من الثمن" . (٦)

وقد صدر عن مجلس المجمع الفقهي قراران بشأن البيع بالتقسيط وفيما يلي نصهما :

قرار رقم : ٥١ (٦/٢)

بشأن

البيع بالتقسيط

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ - ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م ،

١- المبسوط ١٣/٧٨ و١٢٥..

٢- بدائع الصنائع ٥/١٨٧.

٣- " الأم (٣/٦٢).

٤- المجموع النووي (٦/١٣).

٥- بداية المجتهد (٣/١١٩٠)

٦- فتاوى ابن تيمية (٢٩/٤٩٩) .

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع البيع بالتقسيط واستماعه للمناقشات التي دارت حوله ،

قرر ما يلي :

أولاً : تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال ، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً وثمنه بالأقساط لمدد معلومة ، ولا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد أو التأجيل . فإن وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد ، فهو غير جائز شرعاً .

ثانياً : لا يجوز شرعاً ، في بيع الأجل ، التنصيص في العقد على فوائد التقسيط ، مفصولة عن الثمن الحال ، بحيث ترتبط بالأجل ، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة أم ربطاها بالفائدة السائدة .

ثالثاً : إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط ، لأن ذلك ربا محرم .

رابعاً : يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط ، ومع ذلك لايجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء .

خامساً : يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها ، عند تأخر المدين عن أداء بعضها ، مادام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد .

سادساً : لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع ، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة

قرار رقم : ٦٤ (٧/٢)

بشأن

البيع بالتقسيط

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ - ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م ،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع البيع بالتقسيط واستكمالاً للقرار ٥١ (٦/٢) بشأنه ،

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ،

قرر ما يلي :

أولاً : البيع بالتقسيط جائز شرعاً ، ولو زاد فيه الثمن المؤجل على المعجل .

ثانياً : الأوراق التجارية (الشيكات - السندات لأمر - سندات السحب) من أنواع التوثيق المشروع للدين بالكتابة .

ثالثاً : إن حسم (خصم) الأوراق التجارية غير جائز شرعاً ، لأنه يؤول إلى ربا النسيئة المحرم .

رابعاً : الحطيطة من الدين المؤجل ، لأجل تعجيله ، سواء أكانت بطلب الدائن أو المدين (ضع وتعجل) جائزة شرعاً ، لاتدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق ، وما دامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية ، فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم تجز ، لأنها تأخذ عندئذ حكم حسم الأوراق التجارية .

خامساً : يجوز اتفاق المتداينين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه ما لم يكن معسراً .

سادساً : إذا اعتبر الدين حالاً لموت المدين أو إفلاسه أو مماطلته ، فيجوز في جميع هذه الحالات الحط منه للتعجيل بالتراضي .

سابعاً : ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار : ألا يكون للمدين مال زائد عن حوائجه الأصلية يفي بدينه نقداً أو عيناً .

ولقد أباح الفقهاء التقسيط للضرورة ووضعوا لها شروطاً تحدد قدرها ، فالقاعدة الفقهية تقول : (ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها) وديننا مبني على التيسير ، فلا بد من التيسير لاسيما على الفقراء ، والقاعدة الفقهية الأخرى تقول : (المشقة تجلب التيسير) فطالما أن البيع لا يدخله شبهة الربا أو الغرر أو الجهالة فاتفق الفقهاء على إباحة بيع التقسيط .

٢- بيع العينة (١)

عن ابن عمر رضي ا عنهما قال قال رسول ا ﷺ : "إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد، سلط ا عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم " (٢).

ومعنى العينة في اللغة : السلف والتأجيل، وسمي هذا البيع بالعينة لأن الغرض منه تحصيل مال بأجل مع الزيادة، ويرى بعض الفقهاء أنه سمي كذلك لأن العين تسترجع (٣).

وهو بيع شخص سلعة بثمن مؤجل ثم قيامه بشرائها من المشتري نفسه بثمن حاضر أقل فتعود السلعة إلى مالكها الأول ويستقر الدين في ذمة المشتري مع الزيادة لقاء الأجل. هذا النوع من البيوع حرام، لأنه حيلة إلى الربا مع ظهوره في صورة البيع لأن نتيجته أخذ مال حاضر بمقابلة مال مؤجل أزيد منه ولذلك يقول عنه ابن عباس رضي ا عنهما: أرى مائة بخمسين بينهما حريرة ، أي قطعة من الحرير جعلها الطرفان موضوعاً للبيع الظاهر، مع قصدهما الاقتراض بفائدة تحت ستار هذه المعاملة الصورية.

ويستند تحريم بيع العينة أيضاً إلى قاعدة (سد الذرائع) أي منع الوسائل المؤدية للمحرمات، لأنه وسيلة إلى المراباة.

وإبطال هذا البيع هو مقتضى القاعدة الشرعية العامة بأن العبرة فى العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

قال محمد بن الحسن صاحب الإمام أبي حنيفة: (هذا البيع في قلبي كأمثال الجبل، اخترعه أكلة الربا) (٤)

والحكمة التشريعية في تحريمه هي نفس المعنى الموجود في الربا من انتفاء المخاطرة وتحصيل المال بدون جهد أو نفع حقيقي للاقتصاد، ولذا قالوا إنه ربح ما لم يضمنه الإنسان، لأنه استرجع العين دون مخاطرة بثمنها.

ولا يتحقق بيع العينة لو وقع البيع الثاني على ثمن حالّ للأول أو بأكثر من ثمن الآجل، وكذلك لو تغيرت السلعة بمرور الزمن وتغيرت الأسعار، أو طرأ على السلعة نقص، لأنه ليس في هذه الحالات ذريعة إلى الربا.

وبما أن تحريم بيع العينة جاء بنص نبوي صريح ، فلا مساغ للاجتهاد في مورد النص كما تقول القاعدة الفقهية .

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية، "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٤٥٤/٥- ٣٤٣٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٧٤/٣).

(٣) "لسان العرب" لابن منظور .

(٤) "حاشية ابن عابدين " (٢٨٨/٥).

٣- بيع المحرمات أو وسائلها (١)

قال ا تعالى: {حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير ا به} [المائدة ٣]

وعن جابر بن عبدا رضي ا عنه قال قال رسول ا ﷺ : (إن ا حرم بيع الخمـر والميتـة والخنزير والأصنام فقيل: يا رسول ا ، أرأيت شحوم الميتة، فإنها يطلى بها السفن ويدهن بهـا الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا، هو حرام ! (٢).

وعن أبي مسعود عقبة بن عمرو رضي ا عنه قال : " نهى رسول ا ﷺ عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن (٣) والمراد بالكلب ما كان لغير الحراسة أو الصيد ..

لهذه النصوص الشرعية أورد الفقهاء بين شروط صحة البيع أن يكون المبيع متقوماً .

فإذا كان للشيء منفعة محرمة فإنه ليس محلاً للتعاقد عليه.

لأنه إذا كان حرام الاستعمال فإنه يحرم تمليكه، لما في ذلك من التعاون علـى الإثـم والعـدوان، ومقتضى التحريم هو الاجتناب بشتى الصور.

وعن تميم الداري رضي ا عنه قال النبيﷺ : " لا يحل ثمن شيء لا يحل أكله وشربه " (٤).

وكما يحرم بيع المحرمات، يحرم أيضاً بيع ما هو وسيلة إليها، وذلك كبيع السلاح لمن يعلم أنـه يستخدمه في جريمة، وبيع العنب لمن يصنعه خمراً ، لأن تلك المعاملات ذريعة إلى الفساد.

والواجب على المسلم إنكار المنكر، وليس له المعونة عليه.

ومن هذا القبيل بيع وشراء الأموال المسروقة أو المغصوبة، لأن في ذلك اشتراكاً مع السارق أو الغاصب في جريمته وإخفاء لمعالمها.

وعن أبي هريرة رضي ا عنه أن النبيﷺ قال: "من اشترى سرقة وهو يعلم أنهـا سـرقة فقـد شرك في عارها (٥) " .

وهذه البيوع تدخل في نطاق المعاصي (والرخص لا تناط بالمعاصي) كما تقول القاعدة الفقهية .

وإذا كان المقتضي هو بيع الإنسان لشئ مع وجود المانع، فلا يجوز البيع وفقاً للقاعدة الفقهية : (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع) ، والقاعدة الأخرى تقول (ماحرم فعله حرم طلبـه) و (إذا اجتمع الحلال والحرام غلّب الحرام) .

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية.

(٢) أخرجه البخاري (٢١٢١) ، ومسلم (١٥٨١)، وأبو داود (٢٧٩/٣ رقم ٣٤٨٦)، وأحمد (٦٩٩٧)، وابن ماجه (٢١٦٧).

(٣) أخرجه الدارمي (٢٥٦٨)، وأبو داود (٣٤٤٨)، والبيهقي (١٥٠/٣)، (٦/٦) وأحمد (١٢٠/٤)

(٤) الدارقطني (٤/٣).

(٥) أخرجه الحاكم في مستدركه (٤١/٢) ، والبيهقي (٣٣٥/5).

٤- كسب المال بالمقامرة (الميسر) (١)

قال الله تعالى: { يا أيها الذين أمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون} [المائدة ٩٠] والميسر هو القمار، قال ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم : الميسر هو القمار كانوا يتقامرون في الجاهلية إلى أن جاء الإسلام فنهاهم الله عن هذه الأخلاق القبيحة (٢).

والقمار هو الحصول على المال بوسيلة تعتمد على المصادفة لظهور رقم معين أو نحو ذلك، وهو من وجوه الكسب الخبيث ومن أكل المال بالباطل (٣). وعرف بأنه : كل لعب فيه مراهنة. أما الميسر: فهو كل لعب على مال يأخذه الغالب من المغلوب كائناً ما كان- المال- إلا ما استثني في باب السبق.

قال الله تعالى: {يا أيها الذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل} [النساء ٢٩]

قال ابن كثير في تفسير الأموال المأكولة بالباطل هي المكاسب غير الشرعية، كأنواع الربا والقمار (٤)

والمقامرات كلها حرام، سواء كانت على وجه اللعب والتسلية، أم للحصول على المال، أم في السباقات التي راهن بها المؤيدون لكل فريق، أو ما يلتزم بدفعه كل متسابق للآخر، بحيث يخسر أو يربح، إذ يصبح بذلك نوعاً من المقامرة.

وكذلك من القمار المحرم اليانصيب الذي تطرح أوراقه للحصول عليها بمال طمعاً في تحصيل المبالغ المخصصة لفئة من المتعاملين بذلك.

ولا يدخل في القمار أو الميسر ما يقدمه طرف ثالث من غير المتنافسين لمن يفوز في السباق والمسابقات الثقافية.. لأنه في هذه الحالة يكون من قبيل الجوائز التشجيعية، فليس فيه معنى المقامرة بأن يخسر أو يربح وإنما هي هبة ممن يرغب في الحث على الموضوع المتنافس عليه، سواء كان من ولي الأمر أو من غيره.

وكذلك تجوز الهدايا التي تعطى من الباعة لترويج بضائعهم، إذا كانت تقدم بدون مقابل مستقل من المشترين للحصول على الهدية، وهي هبة يرتبط الحصول عليها بالشراء لسلعة معينة.

ولأن النصوص واضحة في تحريم الميسر ، وهي نصوص قطعية الثبوت والدلالة ، ولأنها مبنية على كسب بدون غرم ، والقاعدة الفقهية تقول (الغنم بالغرم) فلا مجال للاجتهاد فيها مع ورود النص .

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية.

(٢) "تجارة عن تراض مبادىء وممارسات" لأبي غدة ص ٥٩.

(٣) "القاموس الفقهي" لسعدي أبو حبيب ص ٣٠٨- ٣٠٩.

(٤) "تفسير القرآن العظيم " لابن كثير (٦٣٧/١) .

٥- الرشوة (١)

عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال : " لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي والرائش بينهما " (٢). والرائش هو الذي يتوسط بين المرتشي والراشي.

تشمل الرشوة كل ما يعطيه الشخص لغيره لإبطال حق أو لإحقاق باطل (٣). سواء أعطيت للحاكم ليقضي لصالح الراشي، أو للشاهد بالباطل، أو أعطيت للموظف ليفضل الراشي على غيره أو أعطيت للعاملين في شركة أو متجر لمراعاة العميل على حساب مصالح الشركة.

والرشوة محرمة، فلا يجوز طلبها، ولا بذلها لمن يطلبها، ولا قبولها من الراشي ولو لم يسبقها طلب، كما يحرم التوسط بين الراشي والمرتشي للسعي في التوفيق بينهما لأن عمله هذا معونة على الإثم.

قال الله تعالى: {ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون} [البقرة ١٨٨] وقد سمى الله الرشوة سحتاً أي كسباً خبيثاً يهلك صاحبه ، وذم بعض اليهود بأنهم {أكالون للسحتِ} [المائدة ٤٢]

وقد بعث النبي ﷺ ابن اللتبية على جمع الزكاة فلما رجع ومعه الزكوات وبعض الهدايا قال!: هذا لكم وهذا أهدي إلي، فقال النبيﷺ : (ما بال العامل نبعثه فيجيء فيقول : هذا لكم وهذا أهدي إلي، ألا جلس في بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا. والذي نفس محمد بيده، لا نبعث أحداً منكم فيأخذ شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته (٤) ".

يستثنى من التحريم حالة الاضطرار، فيما إذا عجز الشخص عن تحصيل حقه شرعاً وليس لديه حجة أو مقدرة على تحصيله ولا يمكنه الاستعانة بمن يوصله إليه فيجوز له دفع ما يرد الظلم عن نفسه أو يوصله إلى حقه. ويقع الإثم على الآخذ دون المعطي، وقد ورد أن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه اعتقل في الحبشة بدون وجه حق، فرشى بدينارين حتى خلي سبيله، وقال : إن الإثم على القابض لا على الدافع (٥)

فالنصوص واضحة في تحريم أخذ الرشوة وإعطائها ، والقاعدة الفقهية تقول (ماحرم أخذه حرم إعطاؤه) و (ماحرم فعله حرم طلبه) .

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية.

(٢) أخرجه الحاكم (١١٥/٤) ، والترمذي (٣/ ٦٢٣) رقم (١٣٣٧)، وأحمد (١٩٤/٢ ، ١٦٤/٢)، وأبو داود (٣٠٠/٣ رقم ٣٥٨٠) ، والبيهقي (١٣٨/١٠).

(٣) "القاموس الفقهي " لسعدي أبو حبيب ص ١٤٩.

(٤) أخرجه البخاري (٦٢٦٠)

(٥) "الفقه الإسلامي وأدلته " للزحيلي (٤١٧٨/٦).

٦- الغبن (١)

الغبن عند الفقهاء هو عدم التكافؤ بين قيمة البدلين في عقد المعاوضة وعـرفَ بأنـه : إيقاع الإجحاف على آخر في البيع والشراء .
وهو محرم في الإسلام لدفع الضرر عن الناس . (٢)

ومن أمثلة ذلك : الغبن الاستغلالي، وتلقي الركبان، وبيع الحاضـر للبـادي، والـنجش، ومخالفة التسعير، والاحتكار.

أ - الغبن الاستغلالي :

قال رسول ا ﷺ : (غبن المسترسل حرام وفي رواية: (غبن المسترسل ظلم) (٣) ".

المسترسل : المستسلم للبائع، الغبن في اللغة: النقص، والخداع فـي البيـع والـشراء، ومعناه عند الفقهاء: عدم التكافؤ بين قيمة البدلين في عقد المعاوضة.

والغبن نوعان: غبن كثير، وغبن يسير، والغبن الكثير ويسمى (غبناً فاحشاً) هو ما لـم تجر به عادة الناس، أو ما يتجاوز أكبر تقويم للسلعة من ذوي الخبرة.

وقدره بعضهم بما يزيد عن الثلث، والغبن اليسير عكسه، ولا أثر لـه علـى العقـد، ولا يطالب من وقع عليه غبن يسير بالتعويض، وذلك لكثرة وقوعه في المعاملات وصـعوبة التحرز عنه.

الغبن الفاحش لا يترتب عليه أي حق للمغبون إذا كان عالماً بالغبن أثناء التعاقـد، فـإذا علم وسكت فالعقد نافذ، لحصول الرضا منه.

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية.

(٢) "القاموس الفقهي" لسعدي أبو حبيب ص ٢٧١، "موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون وا لعلـوم " للتهـانوي (١٢٤٦/٢).

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (١٢٦/٨ رقم ٧٥٧٦).

وأما إذا كان المغبون غير عالم بالغبن فإنه يثبت له الخيار (حق الفسخ) فـي الحـالات التالية التي يوجد فيها مع الغبن تغرير بالمشتري:

أ - إذا كان المشتري مسترسلاً : أي مستسلماً للبائع جاهلاً بثمن السلعة.

ب- إذا قال المشتري للبائع: بعني كما تبيع الناس، فباعه بأزيد من ذلك.

ج- إذا كان الشراء لصالح قاصر أو مفلس.

أما الغبن الفاحش الخالي عن التغرير فإنه لا يترتب عليه الخيار للمغبـون، لأن نقـصان قيمة السلعة مع سلامتها من العيوب لا يمنع لزوم العقد، والمشتري هو المفرط في ترك التأمل. مع كراهة هذا الغبن.

وهناك من الغبن نوع يترتب عليه الحق في تعديل السعر، وهو ما يقع في بيوع الأمانـة التـي يحدد فيها الثمن بحسب ما اشتراه البائع أو بالتكلفة وهو بيع التولية، أو مع الربح وهـو بيـع المرابحة، فإذا ظهرت خيانة في بيان ذلك فإن الغبن يلغى ويصحح الثمن (١).

ولأن الغبن يتسبب في إيقاع الضرر للغير ، والقاعدة الفقهية تقول (الضرر يزال) فهـو من المحرمات .

ب- النجش :

عن أبي هريرة رضي ا عنه أن النبي ﷺ قال: "لا تناجشوا (٢) ".

ومعنى النجش، والتناجش : الإثارة يقال : نجش الطائر: إذا أثاره من مكان ليصيده.

ويأتي أيضاً بمعنى الاستتار، لأن ما قصده الناجش مستور (٣)

وشرعاً : أن يزيد في السلعة ولا يريد شراءها ليرغب غيره فيها (٤).

---

(١) "تجارة عن تراض مبادىء وممارسات" لأبي غدة ص ٧٢- ٧٣ .

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٣٣) ، ومسلم (١٤١٣) .

(٣) "لسان العرب " لابن منظور (نَجشَ) .

(٤) "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٢٧/٢).

ويحصل النجش المنهي عنه شرعاً بأن يزيد شخص في ثمن سلعة معروضة للبيع ليس لـه حاجة بها وذلك ليخدع غيره فيظن أنها تساوي ذلك الثمن فيغتر بهذه المساومة التـي لـم تحصل لرغبته في الشراء، ولكن للتغرير قاصداً من ذلك نفع البائع علـى حـساب إلحـاق الضرر بالمشتري.

وكذلك يتحقق النجش بمدح السلعة بما ليس فيها بقصد ترويجها فهو كما لو زاد في ثمنهـا لتوريط المشتري. وغالباً ما يكون الناجش متواطئاً مع البائع أو يكون البائع عالماً بالنجش ويسكت ليغتر المشتري.

ويكثر النجش في حالات المزايدة حيث يطرح بعض الأشخاص سعراً وليس في نيته الشراء.

والحكمة في المنع من النجش وتحريمه: ما فيه من الخداع والتدليس، ولذلك يثبت الخيـار لمن اشترى السلعة بتأثير النجش ، فله الحق في أن يوافق على الصفقة أو يفسخها.

أما في العقد في ذاته فهو صحيح، عند الجمهور مع الحرمة.

ويعطى خيار الفسخ للمشتري بسبب النجش مشروطاً بأن تكون الزيادة في قيمـة الـسلعة متجاوزة لقيمتها في السوق.. وهذا مع اتفاق جميع الفقهاء على تحريم وتأثيم الناجش بـل استدل بعضهم لجواز لعنه بحديث رواه البخاري : "الناجش آكل ربا خائن ملعون" (١).

ولأن قصد الناجش ليس الشراء وإنما إغلاء الأسعار فقد حرمت النصوص الواردة التعامـل به لأن (الأمور بمقاصدها) كما تقول القاعدة الفقهية . (٢)

---

(١) رواه البخاري تعليقاً ٤ : ٢٩٧ في البيوع عن عبدا بن أبي أوفى ، ووصله في الشهادات ٥ : ٢١١ .

(٢) "الفقه الإسلامي وأدلته " للزحيلي (٣٥٥٤/٥- ٣٥٠٥)، و "تجارة عن تراض " لأبي غدة ص ٧٩،

ج- مخالفة التسعير:

التسعير: تقدير ولي الأمر سعراً معلوماً وإجبار الباعة على التزامه.

والأصل عدم التسعير وإطلاق الحرية للباعة في البيع بما يقع عليـه التراضـي، لقولـه تعالى: {ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تـراض منكم} [النـساء: ٢٩] وروى أنس رضي الله عنه أنه غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس: يا رسول! الله، غلا السعر فسعر لنا، فقال رسـول الله ﷺ: (إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد مـنكم يطـالبني بمظلمة في دم ولا مال" (١).

وهذا الحديث هو للحالة التي لا يصل فيها الغلاء إلى مستوى ضار.

وهناك حالات يحق فيها لولي الأمر التسعير، درءاً للضرر عن الجماعة، كما أقره مجمع الفقه الإسلامي (٢): وهي:

١- مجاوزة أسعار الأطعمة للقيمة بشكل غير مألوف.

٢- احتكار التجار للسلع، فيجبر أصحابها على البيع بسعر يحدده ولي الأمر.

٣- انحصار بعض السلع بفئات مخصوصة ومنع غيرها، فتحدد الأسعار منعاً للتحكم.

٤- تواطؤ التجار على البيع بسعر يحقق ربحاً فاحشا" (٣).

ففي هذه الحالات يجوز التسعير، لما فيه من صيانة حقوق الناس وصلاح أمرهم ودفـع الضرر عن جماعتهم، بالرغم من تأثير ذلك على التجار، لأن درء الضرر العام مقدم على درء الضرر الخاص. وينطبق جواز التسعير في التجارة على الصناعة أيضاً، فإذا امتنـع الصناع عن العمل إلا بسعر مرتفع جداً عن أجر المثل، فإن لولي الأمر تسعير الأجـور، حماية للناس من الظلم.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٢/٣ رقم ٣٤٥١)، والترمذي (٦٠٥/٣ رقم ١٣١٤، وابن ماجه (٢٢٠٠)، والبيهقـي (٦/ ٢٩).

(٢) "مجمع الفقه الإسلامي " للدورات ١- ١٠ قرار رقم ٤٦ (٨/ ٥) بند رقم ٤.

(٣) "تجارة عن تراض" لأبي غدة ص ٨١.

وحكم البيع المخالف للتسعير أنه صحيح، ولكن لولي الأمر تعزير من خالف التسعير، لوجوب الطاعة في المعروف بما يحقق مصلحة المجتمع.
ولأن مخالفة التسعير جالبةً للضرر للمجتمع (والضرر يزال) وفقاً للقاعدة الفقهية ، فالاغلاء على الناس بغير سبب حقيقي يقدره ولي الأمر فيه مفسدة تعارض المصلحة العامة ، فتقدم المصلحة على المفسدة إذا تعارضتا كما تقول القاعدة الفقهية .

د- الاحتكار:

معنى الاحتكار لغة : احتباس الشيء انتظاراً لغلائه. وشرعاً : شراء قوت البشر ونحوه وحبسه إلى الغلاء (١) والمحتكر لا يستجيب لمتطلبات السوق، بل يدخر الأشياء رغم دواعي بيعها بربح معقول، وينتظر تقلب الأسواق ليحقق من بيع ما ادخره أرباحاً كبيرة، من غير مبالاة بما يلحق الناس من الضرر بحبسه الأشياء عنهم، وكثيراً ما يتلف المحتكرون كميات كبيرة مما احتكروه للتحكم بالسوق ورفع الأسعار.
روى معمر بن أبي معمر رضي ا عنه أن النبي ﷺ قال : "من احتكر فهو خاطئ" (٢)

وروى معقل بن يسار رضي ا عنه أن النبي ﷺ قال: "من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقاً على ا أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة" (٣).
وللفقهاء آراء متعددة في تفسير الأشياء التي يعتبر حبسها احتكاراً ، فبعضهم خص ذلك بالأقوات (المواد الغذائية)، وبعضهم عممه في كل شيء من الأقوات وغيرها من سائر السلع التي يلحق الناس بحبسها ضرر.

فإذا علم ولي الأمر بوقوع الاحتكار يأمر المحتكر بإخراج ما احتكره وعرضه في السوق لبيعه، فإن امتنع أجبره، أو تولى بيعه عنه وأعطاه مثله عند وجوده أو قيمته، وذلك لأن الاحتكار فيه تسلط على الأسواق وله آثار سلبية على الاقتصاد فهو يهدد حرية التجارة، ويسد أبواب الفرص أمام الناس ويقتل روح المنافسة.

---

(١) "القاموس الفقهي" لسعدي أبو حبيب ص ٩٥، "كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم" للتهانوي (١٠٩/١).
(٢) أخرجه مسلم (١٦٥٥)، والبيهقي (٦/ ٢٩).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك (١٥/٢)، والطبراني في الكبير (٢١٠/٢٠)، والبيهقي (٣٠/٦)،

٧- التدليس والتغرير والغش (١)

حرم الإسلام التدليس والتغرير والغش، ومن ذلك: بيع المعيب والتطفيف فـي الكيـل أو الوزن، والبيع على بيع الغير والسوم على سوم الغير، والمماطلة والتفليس الكيدي.

عن أبي هريرة رضي ا عنه قال رسول ا ﷺ : "من غشنا فليس منا " (٢).

وعن ابن عمر رضي ا عنه قال رسول ا ﷺ : "البيعان بالخيار ما لم يتفرقـا، فـإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما (٣) ".

أ - التدليس:

نوع من الغش، وهو من الدلس أي الظلمة، والدلسة أي الخديعة وهو كتمان عيب السلعة (٤).

ب- التغرير:

إيهام خلاف الواقع بوسائل مغرية (٥) وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنـه وصـف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية (٦).

ج- الـغـش :

تحسين السلعة بطرق خادعة لتظهر سلامتها مع أنها معيبة (٧).

والتدليس: قد يكون بالأقوال كالكذب في الثمن في بيوع الأمانات التي يشترط فيهـا بيان الثمن الأصلي للسلعة.

وقد يكون بالأفعال وهي كل ما يستر عيب السلعة.

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية.

(٢) أخرجه مسلم (١٠١).

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٠٤) ، ومسلم (١٥٣٢) .

(٤) "موسوعة كشاف اصطلاحات العلوم والفنون " للتهانوي (٣٠٣/١).

(٥) "الفقه الإسلامي وأدلته " للزحيلي (٣٠٧٢/٤).

(٦) مجلة الأحكام العدلية م ١٦٤.

(٧) "القاموس الفقهي" لأبي حبيب ص ٢٧٤،

والتدليس والتغرير والغش حرام، وإذا كان التدليس مؤثراً في اختلاف الثمن في المعاملات ويثبت به الخيار لمن وقع عليه شيء من ذلك، فله أن يفسخ الصفقة ليدفع الضرر الناشىء عن التدليس أو يمسك المبيع دون طلب تعويض عن النقص أو الغبن، فيثبت حق الفسخ هنا دون اشتراط، لأن الأصل في البيع السلامة من العيوب، وانتفاء التدليس (١).

على أنه إذا بين البائع عيب السلعة للمشتري، أو اشترط البائع لنفسه البراءة من عيوب المبيع فإن ذلك جائز لعدم الخداع والتدليس.

من صور التدليس: التصرية أي حبس اللبن في الضرع بترك الحليب أياماً عند إرادة بيع الشاة أو البقر ليوهم المشتري أنها غزيرة اللبن وأن ذلك عادة لها، فإذا حلبها المشتري بعد البيع وتبين له أنها مصراة فله حق الفسخ مع رد صاع من تمر عن اللبن الذي حصل عليه.

وقد ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبيﷺ قال: "لا تصروا الغنم، ومن ابتاعها فهو بخيار النظرين بعد أن يحتلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر (٢).

وتنطبق هذه الصورة على كل شيء تدخل عليه عند البيع تحسينات مؤقتة من أجل خداع المشتري، فله حق الرد مع تقدير مقابل الانتفاع بحسب العرف والخبرة.

د- بيع المعيب:

عن عقبة بن عامر رضي الله عنه عن النبيﷺ قال: "المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم إن باع من أخيه بيعاً فيه عيب أن لا يبينه له " (٣)

وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: مر رسول الله ﷺ بطعام وقد حسنه صاحبه، فأدخل يده فيه فإذا طعام رديء، فقال: بع هذا على حدة وهذا على حدة، فمن غشنا فليس منا (٤).

---

(١) "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٠٦٩/٤- ٣٠٧٠).

(٢) رواه البخاري (٢٠٤١ و ٢٠٤٣) ، ومسلم (١٥١٥) ، والحاكم (١٠/٢) .

(٣) أخرجه الحاكم في مستدركه (٨/٢).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٥٠/٢)

هـ - التطفيف في الكيل أو الوزن :

عن ابن عباس قال النبيﷺ : "خمس بخمس: ما نقض قوم العهـد إلا سـلط ا عليهم عدوهم، ولا حكموا بغير ما أنزل ا إلا فشا فيهم الفقـر، ومـا ظهـرت الفاحشة فيهم إلا ظهر فيهم الطاعون، وما طففوا الكيل إلا منعوا النبات وأخـذوا بالسنين، ولا منعوا الزكاة إلا حبس ا عنهم المطر (١) " .

والتطفيف هو نقص المقدار في الكيل أو الوزن، وهي كلمة مأخوذة من الطفيـف وهو القليل، لأن من يسرق من المكيال والميزان يقتصر على الشيء الطفيف حتى لا يكتشف (٢).

وفي شأن التطفيف نزل قوله تعالى: {ويلٌ للمطففين . الذين إذا اكتـالوا علـى النـاس يستوفون . وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ألا يظن أولئك أنهم مبعوثون ليوم عظـيم} [المطففين ١-٥]

قال ابن عباس: هي أول سورة نزلت على رسول ا ﷺ ساعة نزل المدينة، وكان هـذا فيهم، كانوا إذا اشتروا استوفوا بكيل راجح، فإذا باعوا بخسوا المكيال والميـزان، فلمـا نزلت السورة انتهوا، فهم أوفى الناس كيلاً إلى يومهم هذا .

وقيل نزلت في رجل من أهل المدينة يقال له أبو جهينة له صـاعان، يأخـذ بأحـدهما، ويعطي بالآخر (٣)

وقال علي بن أبي طالب رضي ا عنه : لا تلتمس المروءة ممن مروءته فـي رؤوس المكاييل ولا في ألسنة الموازين.

إذا حصل نقص في الكيل أو الوزن دون تعمد من البائع فإن المشتري يستحق تكملة مـا نقص عليه فإذا كان الشراء واقعاً على صبرة (أي جملة غير معروفة المقدار) واشـترط المشتري أن مقدارها هو كذا، فظهر أنها أقل أو أكثر كانت العبرة بالمقدار الفعلي ويعدل الثمن بالنسبة نقصاً أو زيادة.

هذا، ومن المسامحة في البيع أن يرجح الكيل أو الوزن، وذلك بتوفية المقدار المبيع ثـم إضافة شيء يسير للتأكد من التوفية.

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٤٥/١١).

(٢) "لسان العرب " لابن منظور (طفَفَ) .

(٣) انظر " أسباب النزول" للواحدي ص ٣٦٧.

و- السوم على سوم الغير والبيع على بيع الغير:

عن ابن عمر رضي ا عنهما أن رسول ا ﷺ قال : "لا يبع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب أحدكم على خطبة أخيه" (١).

وفي رواية : "نهى أن يستام الرجل على سوم أخيه " (٢).

والبيع على بيع هو أن يتراضى البائع والمشتري على ثمن السلعة ويعقدان البيع فيـأتي شخص ثالث ويعرض على المشتري أن يبيعه مثلها بثمن أقل ، فطلب المـشتري فـسخ الصفقة.

والشراء على الشراء أن يعرض شخص على البائع بعد تمام الصفقة ثمناً أكثر مما باع به لكي يطلب من المشتري الفسخ..

والسوم على السوم أن يحصل الاتفاق بين البائع والمشتري على السلعة فيعرض مـشتر آخر ثمناً أكثر ليأخذها دون الذي سامها قبله.

يحرم القيام بإحدى الحالات المشار إليها، ولكن البيع الثاني يقع صحيحاً ، لأن النهي ليس لأمر ذات المبيع، فقد استوفى العقد ركنه وشروطه ، وإنما هو لأمر خارجي ، وهو الإيذاء والضرر والإفساد .

يستثنى من النهي بيع المزايدة ، بالمناداة على السلعة وزيادة الناس بعضهم على بعض حتـى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها.

فهذا النوع من البيوع جائز لأنه قائم أصلاً على التنافس ولا يفاجأ المشتري أو المساوم بـذلك فلا يتضرر. وحكى البخاري عن عطاء: أنه قال: أدركت الناس لا يرون بأساً في بيع المغـانم فيمن يزيد (٣).

روى أنس بن مالك : "أن رجلاً من الأنصار أتى النبيﷺ فشكا إليه الحاجة فقال له النبـيﷺ : ما عندك شيء ؟ فأتاه بحلس (بساط) وقدح، فقال النبي : من يشتري هذا؟ فقال رجـل: أنـا آخذهما بدرهم ، قال : من يزيد على درهم ؟ فسكت القوم ، فقال : من يزيد على درهم؟ فقـال رجل : أنا آخذهما بدرهمين ، قال : هما لك . ثم أمره أن يشتري قدوماً يحتطب ويبيع (٤)

ويدل هذا الحديث على مشروعية بيع المزايدة ، في حالة خلوه من التلاعب.

كما يدل على دور ولي الأمر في منع التسول وإيجاد فرص العمل لمعالجة البطالة.

---

(١) أخرجه مسلم (١٤١٢).

(٢) أخرجه مسلم (١٥١٥).

(٣) رواه البخاري (٥٩٥).
(٤) رواه أبو داود (١٦٤١) ، وابن ماجه (٢١٩٨) .

ز- المماطلة والتفليس الكيدي :

عن أبي هريرة رضي ا عنه قال رسول ا ﷺ : "مطل الغني ظلم ، يحل عرضه وعقوبته" (١)

وفي رواية : "لي الواجد يحل عقوبته وعرضته " (٢).

والمماطلة : التسويف وتأخير سداد الدين.

يدل هذا الحديث على تحريم المماطلة بالحقوق التي يحين موعد أدائها مع المقدرة والملاءة ، وهـذا موجب للإثم، ويستحق المماطل العقوبة بإغلاظ القول له والتنديد به والتحذير منـه، وكـذلك العقوبة الزاجرة له عن فعله.

كما يحق للدائن ملازمته إلى أن يحصل على مستحقاته . إذا ثبت أن المدين المماطل موسـر وقد أخفى أمواله عن دائنه فإنه يحق للمدين رفع أمره إلى القضاء لاتخاذ الوسـائل الكفيلـة باستخلاص الحق منه، ومن ذلك حبسه ومضايقته إلى أن يخرج الأموال التي أخفاها.

وإذا عثر القاضي على موجودات المدين المماطل فإنه يبيعها جبراً عنه ويقتضي منها ديونـه، سواء كان السبب المماطلة أو بسبب التفليس كما وقع في عهد رسول ا ﷺ حيث باع علـى معاذ رضي ا عنه حين أفلس، وقضى ديونه.

وإذا لم تكف أموال المدين عند إفلاسه لسداد جميع ديونه فإنها توزع على الـدائنين بنـسبة ديونهم وهذه الطريقة تسمى قسمة الغرماء.

وقد حثت الآيات والأحاديث على المبادرة لأداء الأمانات والحقوق. قـال ا تعـالى: {إن ا يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} [النساء ٥٨]

وقال أيضاً : {فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق ا ربه} [البقرة ٢٨٣]

وقال ﷺ : "على اليد ما أخذت حتى تؤديه" (٣).

وروى أبو هريرة رضي ا عنه أن النبي ﷺ قال: "من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى ا عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفها ا " (٤).

وقال ﷺ : "إن خيركم أحسنكم قضاء" (٥).

(١) رواه البخاري (٢٢٧٠).
(٢) رواه البخاري (٢/ ٨٤٥).
(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٤٠٠) ، والدارمي (٢٥٩٦) ، وأحمد (٨/٥) ، والحاكم (٥٥/٢) ، والبيهقي (٤١١/٣)
(٤) أخرجه البيهقي (٣٥٤/٥) .
(٥) أخرجه البيهقي (٣٥٢/٥)

* * *

الفصل الثالث
أنواع المعاملات الشائعة

أولا : المضاربة

١- تعريفها : شركة يكون فيها رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر

٢- ركنها : الإيجاب والقبول .

٣- شروطها :	- شروط رب المال : أن يكون أهلاً للتوكيل .
	- شروط المضارب : أن يكون أهلاً للوكالة .
	- شروط رأس المال : أن يكون نقداً رائجاً ، معلومـاً ، عينـاً ، تسليمه للمضارب .

٤- أقسامها :

أ - من حيث العمل	مضاربة مطلقة : يترك فيها للمضارب حرية التصرف
	مضاربة مقيدة : يحدد فيها للمضارب حدود يتصرف في إطارها
	المضاربة المعتادة : دفع المال إلى المضارب ، إطلاق التصرف فيه .
	المطلقة مع تفويض عام : دفع المال إلى المضارب وتفويضه أمر المضاربة دون تقييد .
	المطلقة مع إذن صريح : دفع المال للمضارب والإذن له ببعض التصرفات .
ب - من حيث تعدد الأطراف	ثنائية : بين شخص بماله وشخص يقوم بالعمل .
	مشتركة جماعية : يتعدد فيها المضاربون وأرباب المال
٥- حكمها : المضارب وكيل عن رب المال، والمال أمانة عنده، فهو ضامن له.	

- هلاك المال .	٦- انتهاؤها :
- موت رب المال أو المضارب	
- حصول الجنون لهما .	

٧- الشروط : يسمح باشتراط أية شروط مسموح بها فقهياً

- أن يكون الربح معلوماً	الـشروط المتعلقـة بربح المضاربة :
- أن يكون الربح بنسبة شائعة .	
- أن يكون الربح مشتركاً بين المتعاقدين	
- أن يكون الربح مختصاً بالمتعاقدين	

٨- الضمان : يضمن المضارب ما يسلم إليه من أموال للاستثمار على غرار الأجير المشترك، فلو لم يكن ضامناً لأقدم على المغامرة وإن تحفظ مما أدى إلى إضاعة المال .

٩- ضوابط توزيع الربح وقسمته : سلامة رأس المال - الربح ما فضل عن رأس المال.

١٠- مجالات التطبيق : معاملات البنوك الإسلامية مع الأطباء والمهندسين والحرفيين.

ثانياً : المرابحة

١- تعريفها : بيع العين بالثمن .

- بيع المرابحة العادية : وتكون بين بائع ومشتري .	٢- أقسامها :
- بيع المرابحة بالوعد : وتتكون من بائع ومشتري وبنك .	
٣- مشروعية المرابحة : {ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم}	

ثالثاً : السلم

١- تعريفها : بيع آجل بعاجل .

٢- مشروعيته : حديث : "من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم" .

- قبض رأس المال في المجلس .	٣- شروطه :
- أن يكون المسلم فيه موجوداً بالسوق وقت العقد .	
- أن يكون مؤجلاً .	
- بيان جنس المسلم فيه .	
- بيان مكان الإيفاء .	

٤- مجالات التطبيق : تمويل عمليات زراعية وتجارية لإنتاج وتصدير السلع ، وتمويل الحرفيين والمنتجين .

رابعاً : الاستصناع

١- تعريفها : عقد على مبيع في الذمة مطلوب عمله .

- من الكتاب : {فهل نجعل لك خرجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سدا}	٢- مشروعيته :
- من السنة : "حديث صنع المنبر لرسول الله ﷺ .	
- الإجماع : تعامل الناس به منذ عهد النبوة إلى اليوم .	

- الجمهور : لايجوز إلا بصيغة الإجارة أو السلم .	الحكم الشرعي :
- الحنفية : يجوز استحساناً .	

- الإجارة	- بدائل الاستصناع عند الجمهور
- السلم	

- بيان المصنوع بياناً تاماً .	٣- شروط صحته
- أن يكون فيما يجري التعامل باستصناعه .	
- ألا يكون مؤجلاً إلى أجل .	

١- الاستصناع العادي : لتلبية حاجات يتعذر كفايتها بغير طريقة .	٤- أقسامه :

٢- الاستصناع الموازي : لايشترط فيه أن يكون العقد مع صانع .	

٥- حكمه : غير لازم على الصانع ، وله حق الفسخ .

٦- أمثلته : تقدم العميل بطلب إلى المؤسسة المالية لصناعة نوع معين من السلع بسعر معين.

٧- مجالات تطبيقية : ممارسته في الأصول والمعدات الصناعية رالزراعية بالإبقاء على ملكها وبيع منافعها

خامساً : الإجـــــارة

١- تعريفها : عقد يفيد تمليك المنافع بعوض .

٢- صيغة العقد : الإيجاب والقبول .

٣- العاقدان : المؤجر والمستأجر .

٤- العين المستأجرة ومنافعها : تقام الإجارة على منافع الأعيان .

٥- شروط المعقود عليها : أن تكون مباحة - معلومة - بيان مدة الإجارة - مقدورة التسليم - خلوها من العيب - معرفتها للمستأجر .

٦- محل العقد في الإجارة : منفعة عين (أرض - دار) - استئجار الصناع والعمال والخدم.

٧- أقسامها :	
إجارة العين : ويكون محلها معيناً بالرؤية والاشارة إليه .	- باعتبار تعيين المحل :
إجارة الذمة : يكون محلها غير معين بل موصوف بصفات يلتزم بها في الذمة	
إجارة على منافع الإنسان .	- باعتبار محل استيفاء المنفعة
إجارة على منافع الأعيان .	
إجارة على المنافع (المنازل - الحوانيت ...) .	- باعتبار نوع المحل المعقود عليه
اجارة على الأعمال : مايبذله الأجير من جهد ومهارة لقاء أجر معلوم .	

أجير خاص : باستئجار شخص لعمل مدة معينة . أجير مشترك : تقبل أعمال لاثنين أو أكثر في وقت واحد (طبيب)	

- صحيحة : اذا أفادت المبادلة بين ملك المنفعة وملك بدلها .	٨- حكم الإجارة
- فاسدة : اذا لم تتوفر شروط صحتها .	
- باطلة .	

٩- التأجير التشغيلي : شراء المؤسسة المالية أصولاً وتأجيرها لمدة محدودة ثم تعود إلى حيازتها وهكذا .

١٠- التأجير المنتهي بالتملك : شراء المؤسسة للأصول بناء على طلب مؤكد من عميل لها لتملكها عن هذا الطريق .

١١- مجالات التطبيق : استخدام هذا الأسلوب في العقارات والآلات والمعدات .

سادساً : الشركة

١- تعريفها : عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وفي ربحه ، أو في الربح فقط

٢- أركانها : الإيجاب والقبول .

٣- شروطها : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول- أن يكون العاقدان أهلاً للوكالة- أن يكون الربح معلوم القدر.

٤- أقسامها :

أن يشترك اثنان أو أكثر في راس مال أو عمل على أن يكون الربح مشتركاً بينهما	- شركة العنان
أن يشترك اثنان على أن يشتروا بالنسيئة ثم يبيعوا ويكون الربح بينهما .	- شركة الوجوه
يكون رأس المال مشتركاً بين الشريكين بقدر ما لكل فيه .	- شركة الأموال
أن يتفق اثنان من أرباب المهن على تنفيذ أعمال للناس وربح الأعمال مشترك بينهما	- شركة الأعمال

٥- انتهاؤها : فسخ الشركة من أحد الشركاء - جنونه - موته - هلاك المال المشترك

٦- المشاركة الدائمة والمشاركة المتناقصة : قيام المؤسسة المالية بتمويل العملاء بجزء من رأس المال نظير اقتسام الربح حسب الاتفاق.

سابعاً : المزارعة

١- تعريفها : عقد بين مالك أرض ومزارع على أن يزرعها ببعض الخارج منها .

٢- شروطها : أهلية العاقدين - بيان المدة - صلاحية الأرض للزراعـة - التخليـة بـين الأرض والمزارع - بيان نوع البذار - بيان نصيب كل منهما .

٣- حكمها : عقد لازم .

٤- انتهاؤها :	- انتهاء المدة .
	- موت مالك الأرض .
	- موت المزارع .

ثامناً : المساقاة

١- تعريفها : عقد على دفع الشجر إلى من يقوم عليه نظير حصة شائعة معينة من الثمر .

٢- شروطها : أهلية المتعاقدين - التخلية بين المساقي والشجر - بيان حصة كل منهما - بيان مدة خروج الثمر .

٣- حكمها : صحيحة إلا عند أبي حنيفة .

تاسعاً : الـقـــرض

١- تعريفها : عقد مال مثلي لآخر ليرد بدله .

٢- المشروعية :	- من الكتاب {من ذا الذين يقرض ا قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة}
	- من السنة : "ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقة مرة"

٣- أقسامه :	- حقيقي : دفع المال للغير على أن يرد مثله .

- حكمي : دفع المال لقضاء حاجة الغير بنية القرض .	

٤- أركانه : الإيجاب والقبول .

- أن يكون المقرض حراً بالغاً عاقلاً رشيداً غير محجور عليه .	**٥- صفات العاقدين**
- أن يكون المقترض أهلاً للمعاملة المالية .	

١- أن يكون معلوماً	**٦- شـروط المـال المقرض :**
٢- أن يكون من المثليات .	
٣- أن يكون عيناً .	

١- اشتراط توثيق دين القرض .	**٧- الشرط في القرض**
٢- اشتراط الوفاء في غير بلد المقرض .	
٣- اشتراط الوفاء بأرخص .	
٤- اشتراط رد محل القرض بعينه .	
٥- اشتراط الأجل .	
٦- اشتراط الزيادة للمقرض .	
٧- اشتراط عقد آخر في القرض .	
٨- اشتراط الجعل على الاقتراض بالجاه .	

انتقال ملكية المال المقرض - مصاريف الإقراض - صـفة بـدل القرض من حيث المثلية والقيمية .	**٨- الأحكام :**
صفة بدل القرض من حيث الزيادة والنقصان - مكان رد القـرض - وقت رد بدل القرض - توثيق القرض .	

٩- الانتهاء : الوفاء - الاستيفاء من الرهن - المقاصة - الإبراء .

ثامناً : المساقاة (١)

تعريفها :

المساقاة : في اللغة مأخوذة من السقي. وسميت مساقاة: لأن هذا العمل يحتاج إلى السقي بالماء ونضحه ونقله أكثر من غيره فهو أكثر الأعمال مشقة على العامـل، وأنفعها للمتعاقد من أجله وهو الشجر (٢).

وشرعاً: عقد على دفع الشجر أو الكرم أو ما في حكمهما إلى من يقوم عليه نظير حصة شائعة معينة من الثمر، وتسمى كذلك معاملة ومناصبة (٣).

والمراد بالشجر وما في حكمها كل ما ينبت في الأرض ويبقى بها للاستثمار سنة فأكثر، ومحل العقد فيها عمل المساقي وهي إجارة فـي الابتـداء وشـركة فـي الانتهاء.

شروطها:

يشترط فيها كل ما يلائمها من شروط المزارعة التي بيناها، وهي:

١- أهلية المتعاقدين.

٢- التخلية بين المساقي والشجر.

٣- بيان حصة كل من المتعاقدين على أن تكون شائعة.

---

(١) "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف (٥١٣-٥١٤).

(٢) "القاموس المحيط، للفيروز أبادي (سقي) .

(٣) "حاشية ابن عابدين" (٣٠٤/٦)، "بدائع الصنائع" للكاساني (١٨٥/٦)، "القوانين الفقهية" لابن جزي ص ٢٧٧.

٤- بيان مدة يظن خروج الثمر فيها، فإن لم يبين لها مدة وقعت علـى أول ثمـر يظهر، وإن بينت مدة قد يخرج فيها الثمر وقد لا يخرج، ثم لم يخـرج فيهـا ظهر فسادها وكان للمساقي أجر مثل عمله (١).

حكمها:

يرى أبو حنيفة أنها فاسدة لأنها في معنى الإجارة بجزء من المـال المـستأجر عليـه. وذهب صاحباه - أبو يوسف ومحمد - والأئمة الثلاثة إلى أنها صحيحة لورود الأثر بها في تعاقد النبي ﷺ مع أهل خيبر. (٢)

وأثرها عندهم ثبوت الشركة في الخارج من الثمر كالمزارعة، غير أنها تخالفها في أنها لازمة في جميع أحوالها.

وإذا انتهت مدتها استمر المساقي في العمل بلا أجر إلى إزهاء الثمر.

وإذا حددت لها مدة لا يحتمل فيها خروج الثمر فسدت وكان للمـساقي أجـر المثـل إذا عمل.

وإذا صحت المساقاة فلم يثمر الشجر في المدة التـي ذكـرت فـلا شـيء لأحـد المتعاقدين على الآخر، لأن ذلك لا يكون إلا لآفة فلا يتبين فساد العقد حينئذ. ومـا يترتب على انتهاء المدة في المزارعة، وعلى موت أحد طرفيها من الأحكام يترتب على المساقاة، لا فارق بينهما فارجع إليه (٣).

---

(١) انظر "بدائع الصنائع" للكاساني (٦/١٨٥ وما بعدها)، "اللباب في شرح الكتاب" للغنيمي (٣٨٣/١).

(٢) روى البخاري في صحيحه في كتاب المزارعة (٢٢٠٣) أن رسول ا ﷺ أعطى خيبراً بشرط ما يخرج من ثمـر أو زرع. وفي رواية: عامل أهل خيبر .. والحديث في صحيح مسلم (١٥٥١)

(٣) "القوانين الفقهية" لابن جزي ص ٢٧٧، "بداية المجتهد" لابن رشد (١٣٨١/٤-١٣٨٢) ، "فتح القدير" لابـن الهمـام (٤٥/٨ وما بعدها)، "مغني المحتاج" للشربيني (٢/ ٣٢٢).

تاسعاً : القرض (١)

تعريفه:

القرض لغة: القطع، وسمي المال المدفوع للمقترض قرضاً لأنه قطعة مـن مـال المقرض، ويسمى أيضاً السلف (٢).

وشرعاً: عبارة عن دفع مال مثلي لآخر ليرد بدله، وعرف بأنه: إعطاء شـخص مالاً لآخر في نظير عوض يثبت له في ذمته مماثل للمال المأخوذ. والمال يـشمل المثلي: وهو كل ما يضمن بالمثل عند الاستهلاك لا في غيره كالمكيل، والموزون مثل الذهب، والفضة (٣) . الغرض منه أصالة معونة المقترض وتفريج كربتـه بمنحه منافع المال المقرض مجاناً مدة من الزمن، ولا يجـوز أن يكـون سـبيلاً للاسترباح وتنمية رأس مال المقرض.

ويسمى نفس المال المدفوع على الوجه المذكور "قرضاً" أيضاً.
والدافع للمال: مقرضاً .
والآخذ للمال: مقترضاً .

ويسمى المال الذي يرده إلى المقرض: بدل القرض.
ويسمى أخذ المال على جهة القرض: اقتراضاً.

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية.
(٢) انظر مادة (قرض) في "القاموس المحيط" للفيروز أبادى ، و "المصباح المنير، للفيومي.
(٣) "حاشية ابن عابدين" (١٧٠/٥)، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" (٣/ ٢٢٢).

مشروعيته :
والقرض جائز بالكتاب، والسنة، والإجماع.
فمن الكتاب: قوله تعالى: {من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرةً} [البقرة ٢٤٥]

وجه الدلالة من الآية:
فمعناها: من يقطع لله جزءاً من ماله فيضاعف له ثوابه أضعافاً كثيرة كما أن هذه الآية جاءت في معرض الندب والتحضيض على إنفاق المال في ذات الله تعالى على الفقـراء

والمحتاجين وفي سبيل ا بنصرة الدين. فدلت الآية على أن التقرب إلى ا عز وجـل يكون بتفريج كرب المؤمنين والتيسير عليهم. (١)

ومن السنة: قوله ﷺ : (ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كـصدقة مرة " (٢).
وقد تقبلت الأمة التعامل به منذ زمن الرسول ﷺ فكان إجماعا" (٣).

والقرض مندوب إليه في حق المقرض مباح للمقترض للأحاديث الواردة فيه فقـد روي عن أبي هريرة رضي ا عنه أن النبي ﷺ قال: "من نفس عن مسلم كربـة من كرب الدنيا، نفس ا عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسر على معـسر يسر ا عليه في الدنيا والآخرة، وا في عون العبد ما كان في عـون أخيـه " (٤).

---

(١) عقد القرض في الشريعة الإسلامية" للدكتور نزيه حماد . ص٨

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٤٣٠) ، وابن حيان (٥٠٤٠) ، والبيهقي في "الكبرى" (٣٥٣/٥) وأحمد (٤١٢/١) ، وغيرهم ، وهو حديث حسن .

(٣) "مغني المحتاج" للشربيني (١١٧/٢) ، "المغني" لابن قدامة (٣٦٢/٤) .

(٤) رواه مسلم وأبو داود والترمذي وحسنه النسائي وابن ماجة .

الأركان:

١- الصيغة:

ينعقد القرض بالإيجاب والقبول وبكل صيغة تدل على المقصود وتنبىء عنه.

ولا خلاف بين الفقهاء في صحة الإيجاب بلفظ القرض والسلف وبكل ما يـؤدي معناهما، أو بوجود قرينة تدل على إرادة القرض، كأن سأله قرضاً فأعطاه.

وكذلك صحة القبول بكل لفظ يدل على الرضا بما أوجبه الأول. (١)

٢- صفات العقد:

يشترط في المقرض أن يكون من أهل التبرع، أي أن يكون حراً بالغاً عاقلاً رشيداً غير محجور عليه، ولا يشترط أهلية التبرع في المقترض بل يشترط فقـط أهليـة المعاملة بأن يكون متمتعاً بالذمة المالية. (٢)

ما يشترط في المقترض:

يشترط في المقترض أهلية المعاملة (أي التصرفات القولية) دون أهلية التبرع.

وذلك بأن يكون حراً بالغاً عاقلاً أو صبياً مميزاً، متمتعاً بالذمة المالية لأن الدين لا يثبت إلا في الذمم (٣).

---

(١) "المغني" لابن قدامه (٣٥٣/٤-٣٥٤) .

(٢) "كشاف القناع" للبهوتي (٣١٣/٣)، "نهاية المحتاج" للرملي (٢٢٤/٤). (٣) "نهاية المحتاج" للرملي (٢٢٥/٤ وحاشية الشبراملسي عليه).

شروط المال المقرض:

١- أن يكون المال المقرض معلوماً.

وهذه المعلومة تتناول أمرين:

أ - معرفة القدر بالوحدة القياسية العرفية "وزن- حجم- طول.. إلخ " .

ب- معرفة الوصف.

وذلك لأن القرض يوجب رد المثل، فإذا لم يعرف القدر والوصف، لم يعرف المثل، فـلا يمكن القضاء.

٢- أن يكون المال المقترض من المثليات.

والمثليات: هي الأموال التي لا تتفاوت آحادها تفاوتاً تختلف به قيمتها كالنقود وسـائر المكيلات والموزونات، والمزروعات، والعدديات المتقاربة يقول ابن عابدين : "لا يـصح القرض في غير المثلي، لأن القرض إعارة ابتداء حتى صح بلفظها، معاوضة انتهـاء ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه فيستلزم إيجاب المثلي في الذمـة وهـذا لا يتأتى في غير المثلي " (١).

فيصح القرض على الذهب والفضة لكونها موزونة والقمح والشعير لكونها مكيلة وعلى كل مالٍ انطبقت عليه قاعدة المثلي.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يجوز قرض كل مال يصح فيه السلم، أي كـل مـال قابل للثبوت في الذمة سواء أكان مكيلاً ، أم موزوناً، كالذهب والفضة، أم من القيميـات كعروض التجارة والحيوان ونحوه. لأن النبي ﷺ استلف بكراً (٢) و "البكر الثنـي مـن الإبل" وذلك ليس بمكيل ولا موزون ولأن ما يثبت سلماً يملك بالبيع ويـضبط بالوصـف فجاز قرضه كالمكيل والموزون ، فكل مالا يجوز فيه السلم كالجواهر ونحوها لا يـصح قرضه . (٣)

---

(١) "حاشية ابن عابدين" (١٧٠/٤).

(٢) رواه مسلم (١٦٠٠)، وأصحاب السنن الأربعة.

(٣) "الشرح الكبير" للدردير (٢٢٢/٣).

٣- أن يكون المال المقرض عيناً.

ذهب الشافعية إلى جواز قرض المنافع إذا كانت تلك المنفعة في الذمة ولا يجـوز إذا كـان على منفعة محل معين. خلافاً للحنفية والحنابلة في المذهب إذ لا يجـوز عنـدهم قـرض المنافع مطلقاً. (١) لأن القرض إنما يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله، والمنـافع لا تعتبر أموالاً عندهم - الحنفية - لأن المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة. والمنافع غير قابلة للإحراز والادخار إذ هي أعراض تحدث شيئاً فشيئاً وآناً فآناً ، وتنتهـي

بانتهاء وقتها، وما يحدث منها غير الذي ينتهي، من أجل ذلك لم يصح أن تجعـل المنـافع محلاً لعقد القرض. (٢)

الشروط:

١- اشتراط توثيق دين القرض:

يصح الإقراض بشرط توثيقه برهن وكفيل وإشهاد وكتابة، فإن لـم يـوف المقتـرض بشرطه كان للمقرض حق الفسخ، ولا يحل للمقترض التصرف فيما اقترضه قبل الوفاء بالشرط (٣).

٢- اشتراط الوفاء في غير بلد المقرض:

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب رد البدل في البلد نفسه. لكن آراءهم اختلفت وتباينت في حكم اشتراط وفاء المقرض في غير بلد القرض ، فذهب الحنفية والـشافعية إلـى عدم الجواز وبذلك قال الحنابلة فيما كان لحمله مؤونة، ومنعه المالكية في غير حالـة الضرورة (٤).

---

(١) "كشاف القناع" للبهوتي (٣١٤/٣)، "نهاية المحتاج" للرملي (٢٢٥/٤) ، "روضة الطالبين" للنووي (٣٣/٤).

(٢) "عقد القرض في الشريعة الإسلامية" لنزيه حماد ص ٣٧.

(٣) "روضة الطالبين " للنووي (٣٤/٤).

(٤) "نهاية المحتاج" للرملي (٢٢٩/٤، ٢٣٥ وحاشية الشبراملسي). "حاشية ابن عابدين" (٢٧٥/٥)، "الخرشي على مختصر خليل" (٢٣١/٥)، "كشاف القناع" للبهوتي (٣١٧/٣ ، ٣١٩).

٣- اشتراط الوفاء بأنقص :

إذا اشترط في عقد القرض أن يرد المقترض أنقص مما أخذ منه قدراً أو وصفاً فقد ذهب الشافعية في الأصح والحنابلة إلى أن الشرط فاسد والعقد صحيح.

أما صحة القرض، فلأن المنهي عنه جـر المقرض النفع إلى نفسه، وهنا لا نفع له في الشرط، بل النفع للمقترض، فكأن المقرض زاد عن المسامحة والإرفاق، ووعده وعـداً حسناً.

وأما فساد الشرط، فلأنه ينافي مقتضى العقد، وهو رد المثل، فأشبه الزيادة فيلغو الشرط وحده ولا يلزم. (١)

٤- اشتراط رد محل القرض بعينه:

إذا اشترط في عقد القرض أن يرد المقترض المال بعينه، فالعقد صحيح، والـشرط فاسد.

نص الحنابلة على أنه إذا اشترط المقرض على المقترض رد محل القرض بعينـه، فلا يصح هذا الشرط، لمنافاته لمقتضى العقد، وهو أن ينتفع المقترض باسـتهلاكه ويرد بدله، فاشتراط رده بعينه يمنع ذلك. غير أن فساد الشرط لا يفسد العقد، بـل يبقى صحيحاً (٢) .

٥- اشتراط الأجل:

اختلفت أنظار الفقهاء في حكم اشتراط الأجل في القرض، فذهب جماعة منهم إلـى صحة ذلك ولزوم الشرط، وذهب غيرهم إلى أن العقد صحيح والشرط فاسد.

---

(١) "نهاية المحتاج" للرملي (٢٣١/٤)، "روضة الطالبين" للنووي (٣٤/٤) "كشاف القناع" للبهوتي (٣١٧/٣).
(٢) "معونة أولى النهى" لابن النجار الحنبلي (٣٠٧/٤).

اختلف الفقهاء في صحة اشتراط الأجل في القرض على قولين:

القول الأول: للحنفية والشافعية والحنابلة:

وهو أنه لا يلزم تأجيل القرض، وإن اشترط في العقد، وللمقرض أن يستردّه قبل حلول الأجل لأن الآجال في القروض باطلة.

والقول الثاني : للمالكية والظاهرية والليث بن سعد.

وهو صحة التأجيل بالشرط. فإذا اشترط الأجل في القرض، فلا يلزم المقترض رد البدل قبل حلول الأجل المحدد. (١)

وحجتهم قوله : "المؤمنون على شروطهم" (٢).

٦- اشتراط الزيادة للمقرض:

أجمع الفقهاء على أن القرض بشرط زيادة قدر أو صفة للمقرض حرام ، وأن تلك الزيادة ربا سواء كانت الزيادة في القدر، بأن يرد المقرض أكثر مما أخذ من جنسه ، أو بأن يزيده هدية من مال آخر.

أو كانت الزيادة في الصفة، بأن يرد المقترض أجود مما أخذ.

ودليلهم النهي عن كل قرض جر نفعاً للمقرض، وبأن موضوع عقد القرض الإرفاق والقربة ، فإن شرط المقرض فيه لنفسه، خرج عن موضوعه فمنع صحته، لأنه يكون بذلك قرضاً للزيادة ، لا للإرفاق والقربة (٣).

---

(١) "كشاف القناع" البهوتي (٣١٦/٣)، "الفتاوي الهندية" للشيخ نظام (٢٠٢/٣)، "نهاية المحتاج" للرملي (٢٢٩/٤)، "روضة الطالبين" للنووي (٣٤/٤) " المبسوط " للسرخسي (٣٧/١٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، والترمذي (   ) .

(٣) "معونة أولي النهي" لابن النجار الحنبلي (٣١٢/٤) ، "كشاف القناع" للبهوتي (٣١٧/٣)، "روضة الطالبين" للنووي (٣٤/٤).

٧- اشتراط عقد آخر في القرض:

ذهب جماهير الفقهاء إلى أنه لا يجوز أن يشترط في القرض أن يبيع المقرض شيئاً أو يشتري منه شيئاً أو يؤجره أو يستأجر منه ونحو ذلك، لأن ذلك ذريعة إلى القرض الذي يجر نفعاً للمقرض.

أما اشتراط المقرض في عقد القرض بأن يقرض المقترض مالاً آخر، فـالقرض صـحيح والشرط لاغ لأنه يعتبر وعداً غير ملزم به.

لقد ذكر الفقهاء صوراً متعددة لاشتراط عقد آخر- كبيع وإجارة ومزارعـة (١) ومـساقاة وقرض آخر- في عقد القرض، وفرقوا بينها في الحكم نظراً لتفاوت منافاتها لمقتضى عقد القرض، وتبرز صفوة مقولاتهم في الصور الثلاثة الآتية:

الصورة الأولى: اشراط البيع ونحوه في القرض:

إذا شرط في عقد القرض أن يبيعه المقرض شيئاً أو يشتري منه أو يؤجره أو يستأجر منه أو نحو ذلك، فقد نص المالكية والشافعية والحنابلة على عدم جواز هذا الاشتراط .

ودليلهم : قوله ﷺ : "لا يحل سلف بيع" (٢).

ووجهه : أن ذلك ذريعة إلى الربح في القرض بأخذ أكثر مما أعطى، والتوصل إلـى ذلـك بالبيع والإجارة ونحو ذلك من المعاوضات أو المشاركات.

الصورة الثانية: أقرضني أقرضك.

إذا اشترط في عقد القرض قرض آخر من المقترض لمقرضه في مقابـل القـرض الأول، وذلك ما يسمى عند الفقهاء بمسألة (أسلفني أسلفك) فقد ذهب المالكية إلى كراهة القـرض مع ذلك الشرط. وقال الحنابلة بعدم جوازه، وإذا وقع فالشرط فاسد والقرض صحيح.

---

(١) "روضة الطالبين" للنووي (٣٥/٤)، "القوانين الفقهية" لابن جزي ص ٢٤٨ "المبسوط " للسرخسي (٣٦/١٤)، "عقد القرض في الشريعة الإسلامية" لنزيه حماد ص ٧٠ وما بعدها.

(٢)

الصورة الثالثة: اشتراط قرض آخر من المقرض للمقترض.

إذا اشترط في عقد القرض أن يقرضه الدائن مالاً آخر، بأن قال المقرض للمقترض: أقرضـتك كذا بشرط أن أقرضك غيره كذا وكذا، فقد نص الشافعية على أن عقد القرض صحيح والشرط لاغ في حق المقرض، فلا يلزمه ما شرط على نفسه لأنه وعد غير ملزم، كما لو وهبه ثوبـاً بشرط أن يهبه غيره.

٨- اشتراط الجعل على الاقتراض بالجاه:

اختلف الفقهاء فيمن استقرض لغيره بجاهه، هل يجوز له اشتراط جعل بدلاً لجاهه ؟ فمنع ذلك بعض الفقهاء ، وأباحه بعضهم ، وفصل آخرون بين ما إذا كان باذل الجاه بحاجة إلى نفقة وعناء، فأجازوا له أخذ أجر المثل، وبين ما إذا لم يكن محتاجاً لذلك، فحرموا عليه ذلك.
قال الحنابلة: له أخذ جعل منه مقابل اقتراضه له بجاهه. فلو قال: اقترض لي من فلان مائة ولك عشر جاز، لأنها جعالة على فعل مباح، كما لو قال: ابن لي هذا الحائط ولك عشرة.
وفي مذهب المالكية اختلف في ثمن الجاه، بين قائل بالتحريم مطلقاً ، وبين قائل بالكراهة بإطلاق، وبين مفصل بين أن يكون ذو الجاه محتاجاً إلى نفقة وتعب وسفر، فأخذ مثل نفقة مثله فذلك جائز، وإلا حرم، والتفصيل الأخير هو الراجح عندهم. (١)

الأحكام :

١- انتقال ملكية المقرض:

اختلف الفقهاء متى تنتقل ملكية المال المقْرض من المقرض إلى المستقرض ؟ فذهب المالكية إلى أنها تنتقل إليه بمجرد العقد، وذهب الحنابلة والحنفية والشافعية إلى أنها تنتقل إليه بالقبض، وذهب الشافعية في غير الأصح إلى أنها لا تنتقل إلا بالاستهلاك (٢).

---

(١) "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" (٢٢٤/٣ - ٢٢٥)، "عقد القرض في الشريعة الإسلامية" لنزيه حماد ص ٧٤- ٧٥.

(٢) "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" (٢٢٤/٣-٢٢٥)، "حاشية ابن عابدين" (١٧١/٥)، "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٣٧٩٠/٥-٣٧٩١) ، "المغني" لابن قدامة (٣٥٤/٤) .

٢- مصاريف الإقراض :

المصاريف والنفقات الفعلية المترتبة على الإقراض، قبضاً ورداً للبدل، وتوثيقاً للدين، وإجراء وتنفيذاً منذ بدايته إلى نهايته يقع عبؤها على المقترض دون المقرض.

٣- صفة بدل القرض من حيث المثلية والقيمية :

لقد تباينت أنظار الفقهاء فيما يلزم المقترض أداؤه.
فذهب الحنفية وابن حزم إلى أنه يلزمه رد مثل ماالستقرض لاعينه ولو كانت قائمة (١)
وذهب الشافعية في الأصح والمالكية إلى أن المقترض في قرض المثليات مخير بين رد مثله أو عينه ما دامت على حالها لم تتغير، وفي القيميات هو مخير بين رد مثله صورة أو عينه ما لم تتغير.

وقال الحنابلة: إذا أقرضه مكيلاً أو موزوناً ، فهو مخير بين رد المثل أو العين إذا لم تتغير وإذا أقرضه قيمياً لا ينضبط بالصفة كالجواهر ونحوها، فيلزم المقترض قيمته، وفيما سوى ذلك يلزمه في الراجح رد قيمته يوم القبض. (٢)

٤- صفة بدل القرض من حيث الزيادة والنقصان:

الأصل في أداء القرض أن يكون ببدل مماثل في القدر والصفة للمال المقرض، ولكن لو قضى المقترض دائنه ببدل أكثر مما أخذ أو أقل في القدر برضاهما، أو ببدل أجود مما أخذ أو أدنى منه صفة برضاهما، جاز ذلك طالما أنه وقع من غير شرط ولا مواطأة في قول جمهور الفقهاء.

واتفق الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وغيرهم على أنه يجب على المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة صفة، وأنه لو قضى دائنه ببدل خيرٍ منه في الصفة أو دونه برضاهما صح، طالما أن ذلك جرى من غير شرط ولا مواطأة. (٣)

---

(١) "حاشية ابن عابدين" (١٧٠/٥-١٧١)

(٢) "مغني المحتاج" للشربيني (١١٩/٢)، "كشاف القناع" للبهوتي (٣١٤/٣).

(١) "حاشية ابن عابدين" (١٧٥/٥)، "نهاية المحتاج" للرملي (٢٣٠/٤-٢٣١)، "كشاف القناع" للبهوتي (٣١٧/٣)، "القوانين الفقهية" لابن جزي ص ٢٨٥.

٥- مكان رد القرض:

الأصل وجوب رد بدل القرض في البلد الذي وقع فيه. ولكن لو بذله المقترض في مكان آخر أو طالبه المقرض به في بلدة أخرى، ففي المثليات يلزم الطرف الآخر الاستجابة له بقبول المثل إذا لم يكن مما لحمله مؤونة، فإن كان فيه ذلك، فلا تلزمه الاستجابة.

وفي القيميات يلزم المقترض أداء القيمة له بسعر بلد القرض إذا طالبه المقرض ببدله في غيرها، ويلزم المقرض قبولها كذلك إذا بذلها له المقترض بذلك السعر في البلد الآخر.

أحدهما: أن يأخذه به حيث وجده. وذلك في الدراهم والدنانير وما لا حمل له ولا مؤونة.

والآخر: ألا يأخذه به إلا حيث أقرضه إياه. وهو المكيل والموزون وإن تراضيا على غير ذلك المكان جاز ذلك.

٦- وقت رد بدل القرض:

يرى جمهور الفقهاء أن دين القرض حال غير مؤجل، وللمقرض المطالبة به في أي وقت شاء عقب الإقراض، كسائر الديون الحالة وخالفهم المالكية في ذلك ورأوا أنه مؤجل أصلاً (من غير اشتراط التأجيل) إلى قدر ما يرى في العادة أن المقترض انتفع به (١) .

٧- توثيق دين القرض بالكتابة والشهادة.

توثيق دين القرض بالكتابة والشهادة إذا لم يكن مؤجلاً ليس واجباً في قول أحد من الفقهاء أما إذا كان مؤجلاً ، فقد ذهب ابن حزم إلى وجوب توثيقه بهما، وذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وجوب ذلك (٢).

---

(١) "الفتاوي الهندية، للشيخ نظام (٢٠٢/٣) ، "الخرشي على مختصر خليل" (٢٣٢/٥)، "كشاف القناع" للبهوتي (٣١٤/٣، ٣١٦).

(٢) "عقد القرض في الشريعة الإسلامية" للدكتور نزيه حماد ص ٥٧-٥٨.

الانتهاء:

ينتهي القرض بأحد التصرفات التالية:

الوفاء بالقرض من قبل المدين أو الكفيل إن وجد، أو بالاستيفاء من الرهن إن وجد، أو بالمقاصة بشروطها، أو بالإبراء.

(والمقاصة) تكون: إذا نشأ للمقترض دين ووجدت شروط إجراء المقاصة مثل اتحاد الجنس بين الدينين وكذلك الأجل وغيره.

* * *

الباب الرابع

البنوك التجارية والشركات

الفصل الأول : البنوك التجارية ومعاملاتها

الفصل الثاني : الشركات

الباب الرابع

البنوك التجارية والشركات

الفصل الأول : البنوك التجارية والمعاملات

الفصل الثاني : الشركات

أولاً : تعريف الشركة .

ثانياً : الشخصية الاعتبارية للشركة :

[تعريفها - الآثار المترتبة على الشخصية الاعتبارية - الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي - الشخصية المعنوية في القانون الوضعي - اكتساب الشركة للشخصية المعنوية "الاسم والعنوان - محل الإقامة - الجنسية - الذمة المالية - أهلية الشركة"] .

ثالثاً : أنواع الشركة :

شركة عقد - شركة ملك

شركة الملك نوعان : اختيارية - اضطرارية .

- تعريف شركة العقد - ركنها - شروطها .

رابعاً : أقسام الشركة :

١- شركة الأبدان .

٢- شركة الوجوه .

٣- شركة المفاوضة .

٤- شركة العنان

٥- المضاربة .

خامساً : الشركات المستحدثة :

شركات أشخاص - شركات أموال

* أنواع شركات الأشخاص :

١- شركة التضامن

٢- شركة التوصية

٣- شركة المحاصة

* أنواع شركات الأموال :

١- شركة المساهمة

٢- شركة التوصية بالأسهم .

٣- الشركة ذات المسئولية المحدودة .

سادساً : انتهاء الشركة

سابعاً : المجالات التطبيقية للشركات في الفكر الإسلامي المعاصر .

أولاً : المشاركة الدائمة .

الخطوات العملية لها : نتائج المشروع - توزيع الثروة الناتجة عنه - فائدة هذا الأسلوب) .

ثانياً : المشاركة المتناقصة :

جواز المشروعية - الخطوات العملية لها (الاشتراك في رأس المال - نتائج المشروع - توزيع الثروة الناتجة عنه - بيع البنك حصته في رأس المال) .

مجالات التطبيق .

- تطبيقات على بحث الشركات :

١- قاعدة : (الضرر لايزال بالضرر) .

٢- قاعدة : (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)

٣- قاعدة : (الغنم بالغرم) .

٤- قاعدة : (البقاء أسهل من الابتداء) .

٥- قاعدة : (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)

- تطبيقات معاصرة على بحث الشركات .

الفصل الأول : البنوك التجارية والمعاملات

أ – تعريف بالبنوك التجارية :

هى شركة من الشركات المستحدثة وغالباً ما تكون شركة مساهمة ، وتقوم البنوك التجارية بدور أساسي وجوهري في الحياة الاقتصادية المعاصرة، حيث أنها ملتقى تجمع مدخرات الأفراد، ومخزن يمد الحياة التجارية بالأموال اللازمة لدفع حركة التبادل التجاري بين مختلف الأنشطة الاقتصادية، ويعتبر البنك التجاري نوعاً من أنواع المؤسسات المالية التى يتركز نشاطها في قبول الودائع ومنح الائتمان، وإذا كانت الودائع هى المصدر الرئيسي لأموال البنوك التجارية كما أن القروض هى الاستخدام الرئيسي لتلك الأموال، فإن عملية الإقراض للعملاء هى الخدمة الرئيسية التي تقدمها البنوك التجارية وفي نفس الوقت المصدر الأول لربحيتها.

ب – أعمال البنوك التجارية :

تمثل الخدمات المصرفية جانباً مهماً من الجهد الذي تمارسه البنوك التجارية ، وتعتمد عليها جميع العمليات الأخرى التي استوجبتها فكرة الفن البنكي، المتمثلة في خدمة العملاء وإرضائهم، والمقصود بالخدمات المصرفية تلك العمليات التي ليس من طبيعتها تقديم قروض أو تسهيلات بنكية [١].

وتنقسم الخدمات المصرفية إلى :

١- عمليات مشتقة من طبيعة وظيفة البنك ، وهى قبول الودائع المختلفة.
٢- عمليات ترتبت على قيام البنك بالعمليات المشتقة من طبيعة وظيفة البنك وهى تحصيل الشيكات والحوالات وتحصيل الكمبيالات والبوالص.
٣- عمليات تهدف البنوك من ورائها إلى الكسب وهى بيع الأوراق المالية وشراؤها وحفظها وتأجير الخزائن الخاصة ، وعمليات الاعتمادات المستندية ، وخطابات الضمان ... الخ.
٤ - عمليات تتراوح أوضاعها بين الخدمات البنكية والتسهيلات الائتمانية ، وهي الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان بدون غطاء لكليهما.

وسنتناول هذه الخدمات بشيء من التفصيل .

---

(١) بنوك تجارية بدون ربا د. محمد عبدا إبراهيم الشبابي.

ج – الودائع المصرفية النقدية

تمثل الودائع المصرفية النقدية عصب البنك التجاري. فهي التي تساعد البنك فـي مـنح الائتمان لآجال قصيرة وآجال متوسطة. يقصد بالوديعة المصرفية النقدية، النقـود التـي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى البنك على أن يتعهد البنك بردها، أو برد مبلغ مساو لها لدى الطلب وبالشروط المتفق عليها. (١)

وهى الفوائد الزائدة على الودائع وهي مبلغ مقطوع أو نسبة من رأس المال.

د – الحسابات الجارية – الودائع تحت الطلب :

يعرف الحساب الجاري (بأنه عقد قائم بذاته يتفق بموجبه البنك مـع المـودع علـى أن الحقوق النقدية التي تنشأ بينهما بسبب التعامل يفقد ذاتيته الفردية ويستحيل إلى عناصر حسابية يتكون منها الحساب الجاري، حيث تغني هذه العناصر وينتج عنها فـي نهايـة المدة المتفق عليها، أو حتى في نهاية العمل اليومي رصيد دائن يكون وحـده مـستحق الأداء [٢]، يسمى حسابا جاريا لأن طبيعته تجعله في حركة مستمرة من زيادة بالإيداع ، أو نقصان بسبب ما يطرأ عليه من قيود بالسحب والإيداع فتغير من حالتـه. وحيـث أن الحساب الجاري عقد ، فلا بد أن تتوفر فيه شروط العقد القانونية من ناحيـة طبيعتـه ، ووسائل الإثبات فيه.

ويتم فتح الحساب الجاري بتوقيع العميل على عقد فتح الحساب الجاري، الذي يكون قـد أعده البنك ، وبالتوقيع على بطاقات التوقيعات المعدة على نماذج خاصة يحتفظ بها البنك لمطابقة توقيعات العميل في كل مرة يقدم فيها شيكا لصرفه من حسابه، ولا يكون هـذا العقد صحيحا إلا إذا دفع العميل مبلغا من المال في خزينة البنك لتودع في هذا الحساب، وحالما يتم الدفع يقوم البنك بإعداد كشف خاص للعميل، يوضـح فيـه اسـم العميـل ، والتعليمات الخاصة التي يرغب العميل في تنظيم العلاقات بينه وبين البنك علـى أساسـها [٣]

ويتم تغذية الحساب الجاري بعدة طرق أهمها :

---

(١) د. محمد عبدا إبراهيم نقلا عن : د. غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية ص ٣٦.

(٢) د. عبدالعزيز عامر ، البنوك والائتمان ، تحليل نظري ودراسة عملية ص ٩٩

(٣) أحمد نبيل النمري ، مبادئ في العلوم المصرفية ، دراسات تطبيقية ، عمان الأردن ، الناشر البنك المركزي الأردني ، الطبعة الأولى عام ١٩ ص ٣١-٣٦.

١- الإيداع بخزينة البنك:

ويتم الإيداع إما نقدا، أو بتقديم شيكات محررة لأمره أو محولة إليه لتحصيل قيمتها، أو بوصول حوالات داخلية أو خارجية. أو تحصيل أرباح الأسهم المودعة لديه، وغيرها من العمليات التي تنشأ من خلال العلاقة مع العميل مثل إعادة تأمينات خطابات الضمان أو الاعتمادات المستندية (١) التي ينتهي مفعولها مما يستدعي رد الضمان (٢) النقدي الذي سبق خصمه من الحساب الجاري.

ويتم السحب من الحساب الجاري بأسلوبين :

١ – بواسطة الشيكات (٣) التي يوقعها العميل طبقا للنموذج المحفوظ لدى البنك، ووفقا للشروط النظامية التي يجب توافرها في الشيك وهي :

أ – لفظ "الشيك" والتي تعني (أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود).

ب – اسم من يلزمه الوفاء.

ج – مكان الوفاء.

د - تاريخ انشاء الشيك.

هـ – توقيع من أنشأ الشيك.

ولا يجوز رفض الشيك لغير الأسباب سالفة الذكر ، إلا بأمر كتابي من العميل، يحدد فيه رقم الشيك المرفوض وقيمته ، واسم المستفيد ، كما يتم السحب من الحساب الجاري بقصد التحويلات النقدية إلى أي بنك ، أو مكان آخر سواء في الداخل أو الخارج.

٢ – بموجب أمر كتابي من فاتح الحساب:

الأمر الكتابي أمر مكتوب وفق أوضاع شكلية استقر عليها العرف ، ويتضمن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه، ولا بد أن يكون بنكا ، بأن يدفع لشخص ثالث ، أو لأمره ، أو لحامله – وهو المستفيد مبلغا معينا بمجرد الاطلاع.

التكييف الفقهي للحساب الجاري:

---

(١) سيرد توضيح لها في نفس الباب.

(٢) سيرد توضيح لها في نفس الباب.

(٣) يمثل الشيك الوسيلة الغالبة في تحويل ملكية الودائع البنكية من شخص لآخر وقد عالج الباب الثالث من نظام الأوراق التجارية السعودي أوضاع الشيكات وأحكامها .

بالتأمل فيما سبق نلاحظ أن الحساب الجاري الذي يبدأ بسلفة من البنك (فـتح اعتمـاد) عليها فوائد يكون حكمه حكم القرض بفائدة وقد سبق القول بأنه حرام.

يبقى من عمليات الحساب الجاري، ذلك الحساب الذي يودع فيه العميل ويسحب بـدون فوائد بل يدفع عمولة للبنك مقابل إدارته لذلك الحساب وهذا ما سنبحثه في السطور التالية :

إن إيداع العميل أمواله للحساب الجاري لا يأخذ صفة الوديعة بـالمعنى الـشرعي، لأن البنك يخاطها بغيرها ويتصرف فيها. وإنما تأخذ في عرف الشرع حكم القرض ويجـرى حينئذ عليها ما يجري على القرض من الضمان ورد المثل، والقرض جائز شرعا بشرط ألا يوجد عنصر الربا، وبما أن العميل يودع في الحساب الجاري بدون فائـدة وتتحـول الوديعة إلى قرض بدون فائدة فالحكم إذن أنه حلال من الوجهة الإسلامية. قال الأصحاب من الشافعية "من كان له عند صيرفي دينار فأخذ منه درهما من غير عقد فالدينار لـه والدرهم عليه فطريقهما أن يتبارآ [1].

الخلاصة :

الحساب الجاري الدائن الذي يأخذ عليه البنك العمولة والمصاريف حلال شرعا وما عداه من أنواع الحساب حرام [2]. " هذا وقد أباح مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الذي عقـد عام ١٩٦٥ من أعمال البنوك الحسابات الجارية وصرف الشيكات والكمبيالات الداخليـة والخارجية مع إلغاء الفائدة فيها".

ويرى الباحث أن الحساب الجاري إذا خلا من الفوائد سواء كانت على أساس الوديعـة المأذون في التصرف فيها أو القرض الذى لا يجر نفعاً مشروطاً تنطبـق عليـه قاعـدة الأصل في العقود الإباحـة ولكـون الاحتفاظ بالأمـوال لـدى مالكيهـا يـشق علـيهم فالمشقة تجلب التيسير. ولكن ظهرت الآن طريقة جديدة تعمد إليها البنوك وهى إعطـاء فائدة بسيطة على رصيد الحساب الجاري فإن كانت ملزمة ووضعت فى شروط العقد فهي حرام لأنها ربا وفقاً للقاعدة الفقهية : (الأصل فى الأموال الربوية التحريم) أما إذا كانـت تبرعاً من البنك بدون اشتراط فهي من قبل حسن القضاء في الديون ، على ألا يصير ذلك عرفاً مستقراً لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، كما في القاعدة الفقهية المقررة .

---

(1) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية – الجزء الخامس - الجزء الشرعي.

(2) الأعمال المصرفية الإسلامية – للأستاذ/ مصطفى عبدا الهمشري.

هـ- الحسابات الآجلة (الودائع لأجل):

هذا النوع من الحسابات الدائنة التي يفتحها عادة المودعون الذين يعمدون إلى إيـداعها في البنك، لأنهم ليسوا في حاجة ماسة إليها في الوقت القريب، ولا يجوز سـحبها مـن البنك إلا بعد مدة متفق عليها لا تقل عن ثلاثة أشهر، وهي في الغالب مبالغ كبيرة نسبيا، والغرض من إيداعها بالبنك مجرد الكسب الممثل في الربح المـستحق علـى الوديعـة المستثمرة في البنوك الإسلامية ، أو المتمثل في الفائدة التي يتقاضاها المودع من البنك التقليدي ، ويجوز سحب جزء منها في التاريخ المحدد لاستحقاقها، فـي هـذه الحالـة الرصيد الباقي يخضع لشروط جديدة تحدد فيها شروط الوديعة، وقد تعددت التطبيقـات للودائع الآجلة فأصبح هناك نوع من الودائع الآجلة، يطلق عليها ودائع بإخطار سابق ، وهى ودائع متفق عليها لمدة معينة ولتكن سنة مثلا، ولكن لا يجوز سحبها فور انتهـاء هذه المدة، أو في أي وقت آخر بعد ذلك إلا بعد إخطار البنك بنية السحب، على ألا يـتم السحب إلا بعد انقضاء شهر، أو ثلاثة أشهر.

التخريج الفقهي لعمليات الإيداع:

لعل من المناسب قبل إبداء الحكم أن نبحث ما يبرزه الإيداع من تخريجـات أهـو عقـد وديعة أم عقد شركة، إن إطلاق يد البنك في الوديعة والتصرف فيها بالاستثمار يحولهـا إلى عقد آخر يقره الإسلام ، وهو القرض وهل يسمح الإسلام بأخـذ الفائـدة للعميـل ؟ سننظر كل هذه التخريجات .

التخريج الأول : عقد وديعة :

الوديعة في الشرع كما يفهم من كلام الفقهاء لا تخرج عن كونها توكيلات في حفظ المال فهي عقد يقتضي تسليط شخص على أموال غيره لحفظها: وهى من العقود التي يقرها الإسلام لحفظ أموال الناس وصيانتها وردها عند الطلب قال تعالى" إن الله يأمركم أن تـؤدوا الأمانـات إلـى أهلها". [النساء ٥٨]

والوديعة مجال للطمع ووسوسة النفس والشيطان بإنكارها وخاصة إذا لم يكن هنـاك وثيقـة تثبتها، لهذا جعلها الرسول صلى الله عليه وسلم من أشد الأشياء في الدين اختبارا للنفس.

عن علي كرم الله وجهه قال : كنا جلوسا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلع علينا رجل من أهل العالية فقال : يا رسول الله أخبرني بأشد شيء في هذا الدين وألينه فقال ألينه شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله وأشده يا أخا العالية الأمانة إنه لا دين لمن لا أمانة

له ولا صلاة ولا زكاة(١).

"وعقد الوديعة قد يكون بأجر وبغير أجر أي أن المودع (بكسر الدال) يدفع لمن عنده الوديعة أجرا مقابل الحفظ والصيانة، وذلك لأنه مقابل التوكيل في الحفظ، والوكالة جائزة بأجر وإذا سكت العاقدان في الوكالة عن الأجر حكم العرف [٢].

يد البنك على الوديعة :

يد البنك على الوديعة بنوعيها السابقين يد ضمان لأن الوديعة تحت الطلب يخلطها البنك بغيرها، ويستثمر الجزء الأكبر منها ومن أحكام الإسلام في الوديعة "ليس للوديع أن ينتفع بالوديعة أي انتفاع فإذا انتفع كان معتديا بانتفاعه فإذا تلفت ضمنها وإذا أذن له المودع بالانتفاع صارت عارية إذا انتفع بها مع بقاء عينها أو صارت قرضا إذا كانت نقودا لأن النقود لا تعار لاستهلاكها عند الانتفاع والقرض مضمون برد المثل [٣].

وفي الوديعة لأجل يد البنك أيضا يد ضمان لان البنك لم يحدد مع العميل الأجل إلا ليستطيع البنك أن يستثمر المبلغ المودع وهو في مأمن من مفاجأة طلب العميل له عند الحاجة.

عائد الانتفاع بالوديعة:

من تصرف في الوديعة بالانتفاع بها بغير اذن مالكها ضمنها وضمان الوديعة يكون بأداء مثلها إن كانت مثلية وبأداء قيمتها إن كانت قيمية وما نتج من انتفاع يكون للمودع المنتفع "فمن اتجر بوديعة فذلك مكروه والربح له لأنه ضامن [٤] هذا رأي عامة الفقهاء كما يتبين من كتبهم.

أما إذا تصرف في الوديعة بالانتفاع بها بإذن من مالكها فإن ناتج الانتفاع يأخذ ثلاثة أوجه على حسب طبيعة الإذن في التصرف.

١ - فإذا كان إذن المودع للمستودع بالتصرف في الوديعة والانتفاع بها لخاصة المستودع فإن الوديعة تتحول إلى قرض إذا كانت نقدا والقرض مضمون الأداء وما نتج من استثمار القرض يكون للمقترض ولا شئ للمقرض.

---

(١) نقلا من الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية – الجزء الخامس – الجزء الشرعي. الزواجر ج ١ ص ٢١٦، ص ٢١٧ .

(٢) راجع أحكام المعاملات الشرعية ص ١٩٦

(٣) راجع أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٠٩ ، ٢١٣ .

(٤) الكواكب الدرية في فقه المالكية ج ٣ ص ٧٠ طبعة أولى مطبعة المستقبل بدمنهور.

<u>نقلاً عن الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية</u>.

٢ – وإذا كان الإذن في التصرف على سبيل الوكالة والإنابة فإن المستودع يتحول إلى وكيل في التصرف في الوديعة وما نتج عن التصرف يكون للموكل (المودع) بكسر الدال.

٣ – وإذا كان الإذن في التصرف على سبيل المضاربة والمشاركة فإن المستودع يتحول إلى عامل مضاربة وشريك بنفع بدنه وبذل جهده ومهارته والمودع يتحـول إلـى شريك ببذل المال للتصرف فيه. وقد أجاز الفقهاء هذا التحويل فقـد ورد "إذا أودع رجل عند آخر مالا وقال له اعمل فيما لي عندك مضاربة فإنه يصح [١] وما نـتج من التصرف فللعامل جزء منه حسب الاتفاق ولرب المال الباقي مع تحمـل الخـسارة وحده إن وجدت.

ويرى **الباحث** أن الإذن للبنك بالتصرف في الوديعة بالاستثمار أيضاً فيـه شـبهة لأن عمل البنك هو الإقراض بفائدة أعلى من التي يدفعها لصاحب الوديعة الأصـلي فـإطلاق اسم الاستثمار أمر غير صحيح، فالاستثمار يقبل الربح والخسارة ولكن البنك إذا أقـرض الأموال يلزم المقترض بفائدة محددة وهذا أصل الربا، والقاعدة الفقهية تقول : (الأصـل في الأموال الربوية التحريم) و (ما حرم أخذه حرم إعطاؤه).

الحكم الشرعي :

إن المتأمل فيما سبق على اعتبار أن التخريج" عقد وديعة" يلاحظ أن حـسابات الإيـداع لأجل يتصرف فيها البنك بإذن من المودع على اعتبار أن تجديد الأجل بين البنك والعميل إذن بإطلاق يد البنك في التصرف والاستثمار له خاصة ليكون على بينة بميعاد استردادها حتى يستطيع أن يدبر مثل هذه الوديعة عند انتهاء الأجـل المـضروب وبهـذا تـصبح حسابات الإيداع لأجل قرضا وتأخذ حكم القرض، ولا يجوز للمودع أن يأخذ فائدة لأن كل قرض جر نفعاً فهو حرام كما تقدم ، وبناء على هذا فحسابات الإيداع بفائدة حرام شرعا.

أما الوديعة تحت الطلب فإن البنك يتسلم الوديعة ويخلطها بغيرها ، ثم يتصرف فيها، وقد رضي العميل عند زيادة السحب عن المبلغ المسموح به أن يخطر البنك حتى يستطيع أن يدبره فهذه دلائل تشير إلى أن عقد الوديعة تحول إلى عقد آخر وهو القرض، والقـرض

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة – ج ٣ ص ٤٦

جائز شرعا بشرط عدم أخذ زيادة على ما استقرض ، فإذا لم يدفع البنك فائدة للعميل المـودع كانت عملية الإيداع تحت الطلب جائزة شرعا ، أما إذا دفع البنك فالعملية إذن حرام.

ورب سائل يسأل : لم حملت الإذن في التصرف في الوديعة لخاصة البنك مـع ضـمان مثلها عند استرداد العميل لها على أنه قرض، ولم تحمله على أنه توكيـل مـن العميـل للبنك بالاستثمار والنماء، وتكون الفائدة جزءا من عائد الاستثمار والأربـاح الناتجـة ؟ والإجابة على هذا التساؤل سنتناولها بمشيئة ا في التخريج التالي بعد دعم التساؤل بـأقوال الفقهاء.

<u>التخريج الثاني (إذن ضمني)</u>

هذا التخريج محاولة للوصول إلى رأي فقهي مناسب لتسويغ وإباحة أخذ الفائـدة علـى حسابات الإيداع ويعتمد هذا التخريج على أن تصرف البنك في الوديعة إنما هو تـصرف مأذون فيه سواء أكان هذا الإذن إذنا ضمنيا [1] كما في حسابات الإيداع تحت الطلـب – أم كان إذنا صريحا في حسابات الإيداع لأجل.

وأن تصرف البنك يأخذ مظهرين:

الأول : أن البنك تصرف في الوديعة على اعتباره وكيلا عن المودع وان البنك اسـتثمر هذه الوديعة في أوجه مناسبة قصيرة الأجل بحيث تحقق " مبدأ السيولة [2] إذا كانت الوديعة تحت الطلب، أما إذا كانت الوديعة لأجل فإنه يستثمرها لآجال مناسبة للفتـرة التي حددها مع العميل.

الثاني : مقتبس من كلام بعض فقهاء الإسلام فقد ورد في كتب الفقه "أن الوديع إذا خلط الوديعة بماله أو مال غيره بإذن مالكها فإن ذلك يكون شركة ملك بينهما [3] .

([1]) اعتبار الإذن الضمني جائز ، لأنه قائم على العرف ، واعتبار العرف في التصرفات أجازه الفقهاء حيث لا نص "ومن قواعدهم: الثابت بالعرف كالثابت بالنص" راجع رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٤٤ ، ج٢ ص ١٣٠.

[2] السيولة: تعبير اقتصادي يراد منه بقاء النقد بدون استثمار ليلبي الطلبات العاجلة ، وقد تتحقق السيولة في استثمارات قصيرة الأجل يمكن تصفيتها بسرعة وتسمى الاستثمارات السائلة وهذا النوع موجود في إنجلترا. راجع بنوك الودائع ص ٦٤ ، ٥٨.

[3] الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٣٤٧.

ويرى بعض المجتهدين "أن اشتراط بعض الفقهاء استواء المـالين ، وكونهمـا نقدا واشتراط العقد لم يرد ما يدل على اعتباره بل مجرد التراضي بجمع المالين والاتجار بهما كاف.. وأن الأسماء التي وقعت في كتب الفـروع لأنـواع مـن الشركة كالمفاوضة والعنان والوجوه والأبدان لم تكن أسماء شرعية ولا لغويـة بل اصطلاحات حادثة متجددة [١] وبهذا يكون تصرف البنك في حسابات الإيـداع كتصرف عامل المضاربة . والمضاربة مشاركة " هذا بنفع ماله وهذا بنفع بدنه[٢].

وبما أن إدارة البنوك تحقق أرباحا من "حسابات الإيداع" بنوعيها حيث تستثمرها في الوجوه المناسبة لم لا نعتبر أخذ الفائدة على الوديعـة جـزءا مـن عائـد الاستثمار إن رضي به العميل ؟ وأن البنك يأخذ الباقي في مقابل إدارته لأنـواع الاستثمارات المختلفة لمجموع أموال حسابات الإيداع لكونه وكيلا أو شريكا.

والإجابة على هذا التساؤل تأخذ مظهرين:

المظهر الأول : التسليم ببعض مقدمات السؤال وهى اعتبـار البنـك وكـيلا أو عامـل مضاربة.

المظهر الثاني : الاعتراض على جعل الفائدة جزءا من عائد الاستثمار أو ربح مـضاربة للأمور الآتية :

أ – لو كان البنك وكيلا عن المودعين في إدارة شركة الودائع في الاستثمار لوجب أن يأخذ هذا الوضع وجها آخر عند تحديد الفائدة هذا الوجه هو ألا تحدد الفائدة مقدما عند الإيداع بنسبة معينة من رأس المال المودع ووجب تحديد أجرة الوكيل، وتكون الأرباح كلها للموكل العميل في نهاية العام عند عمليـة الجـرد ومعرفـة الأربـاح والخسائر وبعد حجز البنك مصاريف الإدارة والتي هي أجر الوكالة ثم يوزع الباقي على المودعين الموكلين .

ويرى **البـاحث** أن العمل الاساسي والدخل الرئيسي للبنوك هـو مـن إعـادة إقـراض

---

[١] الروضة الندية للسيد الإمام أبي الطيب صديق بن حسن على القنوجي البخاري – ج ٢ – ص ١٤٢ – إدارة الطباعة المنيرية.

[٢] إعلام الموقعين ج ١ ص ٣٣٦ .

الأموال المودعة لديه بفائدة أكبر، فيعطي المودعين لديه فائدة محددة أقل ويحتفظ بالباقي وهذا هو الربا. وإن تحديد الربح مقدماً يخالف قاعدة الخراج بالضمان والغنم بالغرم.

وبناء على ما تقدم لا يجوز أخذ أية فائدة محددة على الودائع في حسابات الإيداع.

ويرى **الباحث** أن عقود الودائع في البنوك التجارية لا تحتوي على لفظ استثمار ولا تحتوي على لفظ التوكيل، وتحتوي على لفظ الفائدة محددة وبعضها يشير الى أن التأخر في السداد يترتب عليه فوائد مركبة تحسب على رأس المال زائدة على الفائدة السابقة، ولقد أصبح معلوماً أن التعامل مع البنوك إقراضاً وإقتراضاً يتضمن الفائدة الملزمة التى لا تحتمل الخسارة فى مواجهة المتعاملين، وهذا مخالف للقاعدة الفقهية الغنم بالغرم والخراج بالضمان ولا يجهل المودع أن البنك سوف يقرض أمواله للآخرين بالفائدة (واحتمال الربا قائم واحتمال الربا كحقيقته) و (الجهل بالأحكام في دار الاسلام ليس عذراً) وفقاً للقاعدة الفقهية.

وقد عرض موضوع الودائع المصرفية على مجلس مجمع الفقه الاسلامي فى دورته التاسعة وصدر عنه القرار التالي :

قرار رقم : ٨٦ (٩/٣)

بشأن

الودائع المصرفية (حسابات المصارف)

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١-٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ، الموافق١ - ٦ نيسان (أبريل) ١٩٩٥م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع الودائع المصرفية (حسابات المصارف)،

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارات حوله،

قرر ما يلي :

أولاً : الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) سواء أكانت لدى البنوك الاسلامية أو البنوك الربوية هي قروض بالمنظور الفقهي، حيث إن المصرف المتسلم لهذه الودائع يده يد ضمان لها وهو ملزم شرعاً بالرد عند الطلب. ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك (المقترض) مليئاً.

ثانياً : إن الودائع المصرفية تنقسم إلى نوعين بحسب واقع التعامل المصرفي :

أ - الودائع التي تدفع لها فوائد، كما هو الحال في البنوك الربوية، هي قروض ربوية محرمة سواء أكانت من نوع الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية)، أم الودائع لأجل، أم الودائع بإشعار، أم حسابات التوفير.

ب - الودائع التي تسلم للبنوك الملتزمة فعلياً بأحكام الشريعة الإسلامية بعقد استثمار على حصة من الربح هي رأس مال مضاربة، وتنطبق عليها أحكام المضاربة (القراض) في الفقه الإسلامي التي منها عدم جواز ضمان المضارب (البنك) لرأس مال المضاربة.

ثالثاً : إن الضمان في الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) هو على المقترضين لها (المساهمين في البنوك) ما داموا ينفردون بالأرباح المتولدة من استثمارها، ولا يشترك في ضمان تلك الحسابات الجارية المودعون في حسابات الاستثمار، لأنهم لم يشاركوا في اقتراضها ولا استحقاق أرباحها.

رابعاً : إن رهن الودائع جائز، سواء أكانت من الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) أم الودائع الاستثمارية، ولا يتم الرهن على مبالغها إلا بإجراء يمنع صاحب الحساب من التصرف فيه طيلة مدة الرهن. وإذا كان البنك الذي لديه الحساب الجاري هو المرتهن لزم نقل المبالغ إلى حساب استثماري، بحيث ينتفي الضمان للتحول من القرض إلى القراض (المضاربة) ويستحق أرباح الحساب صاحبه تجنباً لانتفاع المرتهن (الدائن) بنماء الرهن.

خامساً : يجوز الحجز من الحسابات إذا كان متفقاً عليه بين البنك والعميل.

سادساً : الأصل في مشروعية التعامل الأمانة والصدق بالإفصاح عن البيانات بصورة تدفع اللبس أو الإيهام وتطابق الواقع وتنسجم مع المنظور الشرعي، ويتأكد ذلك بالنسبة للبنوك تجاه ما لديها من حسابات لإتصال عملها بالأمانة المفترضة ودفعاً للتغرير بذوي العلاقة.

و – خطاب الضمان

تعريفه : يعرف خطاب الضمان بأنه "صك يتعهد بمقتضاه البنك المصدر له بأن يدفع مبلغـا لا يتجاوز حدا معينا لحساب طرف ثالث لغرض معين [1] وتتمثل أركان الضمان فيمـا يلي :

١ – اسم عميل المصرف الذي قدم الطلب والصادر لحسابه خطاب الضمان.

٢ – اسم المستفيد من خطاب الضمان.

٣ – العقد المبرم بين عميل المصرف والمستفيد.

٤ – القدرة الوقتية لصلاحية الخطاب.

٥ – أى شروط أخرى لازمة للتحقيق حتى يمكن الاستفادة للمستفيد بقيمة الضمان.

والواقع أن خطاب الضمان يقوم بدور كبير في الحياة التجارية، وفي العمليات الإنـسانية للوزارات ، والمصالح الحكومية، إذ يتطلب الأمر عند النظر في العطاءات ، والمناقصات المزايدات الخاصة بها أن يتقدم الشخص، أو الشركة بضمان صادر من مصرف معتمد.

هذا وتمثل خطابات الضمان تسهيلات غير مباشرة ، حيث إن البنك لا يتعهد بوضع مبالغ نقدية تحت تصرف عميله، ولان المستفيد من هذه التسهيلات في الواقع هـو الـشخص المضمون وبالتالي فإن التزام البنك التزام عرضي قد يتحقـق ويـصبح التزامـا فعليـا ومباشرا، كما أنه قد لا يتحقق، وبالتالي لا يتحقق علـى البنـك، خـسارة. إن إصـدار خطابات الضمان بالنيابة عن العميل يتضمن مخاطرة على البنك. تتمثل في إمكانية قيامه بدفع قيمة الكفالة مع وجود إمكانية عدم تحصيلها من العميل المكفول، لهذا تعمد البنوك إلى طلب ضمانات مقابل هذه التسهيلات، هذه الضمانات قد تكون عينيـة أو قـد تكـون شخصية، بالإضافة إلى قيام البنك بخصم مبلغ من قيمة الضمان نقدا، وهو مـا يعـرف "بالتأمين النقدي" ويمثل نسبة معينة من قيمة الكفالة. تختلف هذه النسبة من عميل لآخر حسب مركزه المالي وسمعته الأدبية ونوعية الضمانات المقدمة منه. لقاء هذه الخدمـة تقوم البنوك بتقاضي عمولة تتراوح نسبتها ما بين ٠,٥% إلى ٢% حسب مركز العميل، وضمن التعليمات التي يصدرها البنك المركزي.

أنواعه : تتنوع خطابات الضمان حسب طبيعتها، ويمكن إجمال أنواع خطابات الـضمان

[1] الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية نقلا من احمد نبيل النمري، مبادئ في العلوم المصرفية، ص ٢٤٠

السائدة على النحو التالي:

١ – خطابات الضمان الابتدائي : بموجبها يكفل البنك مكفوله بدفع مبلغ معين في حالـة انسحاب أو نكوص المكفول عن عطاء رسا عليه [١]. فالغرض من الكفالة في هـذه الحالة هو ضمان جدية دخول المتعهدين في العطاءات المطروحة.

٢ – خطاب الضمان النهائي: [٢] ويعرف بكفالة حسن التنفيذ ويصدرها البنك بالنيابة عن عميله الذي رسا عليه العطاء، وفيها يتعهد بدفع مبلغ معين أو جزء منه في حالـة تخلف مكفوله عن تنفيذ المشروع موضوع العطاء، حسب الـشروط والمواصـفات والمدة المتفق عليها بين المكفول والمستفيد.

٣ – خطاب ضمان السلفة أو الدفعة المقدمة ، حيث يحتاج تنفيذ المشاريع الكبرى إلـى توفير سيولة مبدئية. يتم تشجيع المتعهدين بالتنفيذ بدفع سلفة مقدمة على حـساب المشروع من قبل الجهة صاحبة المشروع مقابل خطاب ضمان ، يـتم اسـتردادها تدريجياً حسب تدرج إنجاز المشروع [٣].

تكييف عملية خطاب الضمان من حيث الوجهة الشرعية:

وبالنظر إلى هذا النوع من التعامل المصرفي ، وإحالته للعقود الشرعية الواردة في كتب الفقه، فإنه يمكن رده إلى نوعين من العقود التي طرقها الفقهاء.

هما الكفالة والوكالة:

وأخذ الأجرة على الوكالة جائز في الشريعة الإسلامية جاء في المغني "ويجوز التوكيـل بجعل وبغير جعل فإن النبي صلى ا عليه وسلم وكل أنيسا في إقامة الحد وعروة فـي شراء شاة، وعمرا وأبا رافع في قبول النكاح بغير جعل، وكان يبعـث عمالـه لقـبض الصدقات ويجعل لهم عمالة" [٤].

وأما الكفالة [٥] في الشريعة الإسلامية ، فإن الفقهاء قد بحثوها ، وقسموها إلى نوعين

---

(١) المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون ، ص ١١٦.

(٢) د. غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق ص ١١٦

(٣) أحمد النمري ، مبادىء في العلوم المصرفية ، مرجع سابق ص ٢٤٣ - ٢٤٤ .

(٤) المغني ج ٥ ص ٩٤ .

(٥) عرفت المادة ٧٧٢ عقد الكفالة بأنه عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائنين بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه. (أصول المعاملات ص ١٢٦).

من الكفالة : كفالة بالمال ، وكفالة بالنفس ، وأنهم متفقون على الكفالة بالمـال، فهـي ثابتة بالسنة ، لقوله صلى الله عليه وسلم "العارية مؤداة ، والزعيم غارم" [(١)] ومجمـع عليها من الصدر الأول .

والكفالة بالنفس [(٢)]. قال بها جمهور الفقهاء خلافا للظاهرية ، ورواية عن الشافعي.

وقد صدر عن المجمع الفقهي فتوى في موضوع خطاب الضمان هذا نصها :

قرار رقم : ١٢ (٢/١٢)

بشأن

خطاب الضمان

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقـاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠-١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ/٢٢-٢٨ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٥م،

وبعد النظر فيما أُعد في خطاب الـضمان مـن بحـوث ودراسـات، وبعـد المـداولات والمناقشات المستفيضة التي تبين منها :

أولاً : أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهائي لا يخلو إما أن يكـون بغطـاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء، فهو : ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيمـا يلـزم حالاً أو مالاً، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسـم : الـضمان أو الكفالة.

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلامة بين طالب خطاب الضمان وبين مـصدره هي: الوكالة، والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقـاء علاقـة الكفالـة لـصالح المستفيد (المكفول له).

ثانياً : إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان. وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القـرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً.

---

(١) سبق تخريجه ص(٤٠)

(٢) وتسمى كفالة الوجه أيضا، وهى تعهد شخص بإحضار شخص آخر عليه دين (انظر منار السبيل ص ٣٦٢)

وقرر ما يلي :

أولاً : إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان - والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته - سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً : إن المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه جائزة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم عطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء.

وقد تكون الكفالة بالمال، والالتزام بأداء دين، أو الالتزام بتسليم عين، أو ضمان المال المباع بأنه خالص من كل حق فيه للغير، وهو يسمى بضمان "الدرك" [(١)]. وفيما يبدو لأول مرة أن معظم الحالات التي يستعمل فيها خطاب الضمان هو من نوع كفالة الدين، وذلك فيما عدا الخطاب الذي يقدم للشاحنين أو وكلائهم في حالة تأخر وصول المستندات الخاصة بالبضاعة، فحينئذ يكون خطاب الضمان في تلك الحالة، هو نوع من الالتزام بتسليم العين (بوالص الشحن) أو من نوع ضمان الدرك، حيث يتضمن مسئولية ما قد ينتج عن تسلم البضاعة لشخص آخر غير صاحبها. [(٢)].

وبالنسبة لحالات الضمان والكفالة ، فقد أوضح صاحب منار السبيل أنهما "يصحان تنجيزا " كأنا ضامن" ، أو "كفيل الآن"، و(تعليقا) " كإذا جاء رأس الشهر فأنا ضامن ذلك" أو "كفيل به" ، و(توقيتا) " كإذا جاء رأس الشهر، فأنا ضمان لك" ، أو "كفيل" عند أبي الخطاب، والشريف أبي جعفر، وهو مذهب أبي حنيفة، وقال القاضي : لا يصح لأنه إثبات حق الآدمي، فلم يجز ذلك فيه كالبيع، وهو مذهب الشافعي".

ويرى **الباحث** أن العبرة هنا بالمآل فإن كان دفع قيمة الضمان من طالب الضمان أي من أمواله سواء المودعة فى البنك أو عند طلبها فلا حرمة في ذلك، أما اذا كان الضامن أي البنك سيدفع ويحمل المضمون عمولة أي فائدة ربوية حسب المدة فإن الربا داخل فى هذه العملية فإذا ضمت العملية الفاسدة وهي أخذ الفائدة فتفسد العملية كلها فالقاعدة

---

(١) بفتح الدال ، وفتح الراء ، لغتان حكاهما الجوهري ، وسمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله . (أنظر تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٠٤. ويسمى ضمان العهدة ، وممن جوزه أبو حنيفة ، ومالك والشافعي وأحمد (منار السبيل ص ٣٦٠). وانظر الروضة ٤/٢٤٦.

(٢) انظر تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ص ٣٢٨.

الفقهية تقول : (ضم الفاسد إلى غيره يقتضي فساد الكل) والمخرج الشرعي هو أن يدخل الضامن أي البنك شريكاً فى المشروع بنسبة ما يملك ويصبح عندها رب المال أو جـزء منه والمضمون مضارباً.

ز – الاعتـماد المستـنـدي

تعريفه :

تعتبر عمليات الاعتمادات المستندية أهم الخدمات التي تقدمها البنوك التجارية في مجال التجارة الخارجية ، وبخاصة تجارة استيراد وتصدير البضائع. وهو يمثل تعهـد البنـك للمستفيد وهو البائع بناء على طلب فاتح الاعتماد وهو المشتري وهذا التعهد يقـر فيـه البنك بأنه قد اعتمد تحت تصرف المستفيد – البائع – مبلغا من المال يـدفع لـه مقابـل مستندات محددة تبين شحن سلعة معينة خلال مدة معينة.

أهميته :

إن أهمية الاعتماد المستندي تعود إلى كونه حماية للبائع ، حيث يصدر التعهـد قبـل أن يبدأ البائع تنفيذ التزاماته . كما أنه يحمي المشتري ،حيث لا يقوم بدفع الثمن بواسـطة البنك إلا إذا قدم البائع المستندات الدالة على حسن تنفيذ التزامه.

ينقسم الاعتماد المستندي من ناحية طبيعة المستندات إلى نوعين : [١]

الأول : الاعتماد المستندي بالاطلاع الذي يقضى بدفع المبلغ عند تسلم مستندات البضاعة من المصدر، ودفع قيمة البضاعة له بمجرد تسلم تلك المستندات ، إذا كانت شروط الدفع التي سبق أن تم الاتفاق عليها بين المصدر والمستورد تقضى بالدفع .

النوع الثاني : الاعتماد المستندي بالقبول وفي هذه الحالة فإن على البنك القيـام بـدفع القيمة بمجرد وصول المستندات إليه وقبولها من قبل المستورد.

التكييف الشرعي لعملية فتح الاعتماد

إن عملية فتح الاعتماد باعتبارها وسيلة إلى تنفيذ الوفاء بالثمن تعكـس ثـلاث صـيغ إسلامية واحدة [٢]:

---

(١) د. محمد عبدا الشبابي – بنوك تجارية بدون ربا ، نقلا عن د. غريب الجمال، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون ، مرجع سابق ، ط ١٠.

(٢) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية الجزء الخامس – الجزء الشرعي نقلا عن الأعمال المصرفية في الإسلام – مصطفى عبدا الهمشري – ص ١٤٩ وما بعدها.

١ - الوكالة .
٢ - الحوالة.
٣ - الضمان.

١ – الوكالة :

فيمكن للبنك احتساب أجر عن عملية فتح الاعتماد مقابل توكيل البنك فـي دفـع الـثمن وفحص المستندات وصرف العملات بالإضافة إلى ما تكبده من مصاريف فعلية.

٢ - الحوالة :

والحوالة مشروعة في الإسلام تسهيلا للتعامل من حيث إنها تتضمن نقل الدين من ذمـة المدين (المحيل) – إلى ذمة أخرى (المحال عليه). ويلاحظ أن معظم ما اشترطه الفقهـاء أو بعضهم في صحة الحوالة. سواء في المحيل أو المحال عليه أو المحال، ينعكس فـي عملية فتح الاعتماد بالصورة المطلوبة والمراد تحقيقها. فالعملية على هـذا الأسـاس لا تخرج على قواعد التعامل الإسلامي.

أما من حيث الأجر مقابل هذه الحوالة ، فيرى الفقهاء أن تطبيق الحوالـة علـى فـتح الاعتماد، لا تغطي كل مظاهره، وان إطلاق لفظ الحوالة سـاقته طبيعـة انتقـال الـدين والمطالبة به من معطي الأمر (المستورد) إلى البنك، والتزام البنك ذلك تجـاه المـستفيد (المصدر). على أن الأحناف يرون أن الحوالة المقيدة بالوفاء من الدين الذي من المحيل في ذمة المحال عليه، هي الحوالة الحقيقية ، أما المقيدة بالوفاء من عين سواء كانـت وديعة أو مضمونة بأن كانت مغصوبة أو مقبولة ببيع فاسد مثلا، فانهم لا يعتبرونها في الواقع حوالة، إنما يعتبرونها توكيلا من المحيل للمحال له بقبض دينه مما له من مـال عند المحال عليه، وتوكيلا أيضا من المحال عليه بالأداء.

٣ – الضمان :

إذا اتضح أن فتح الاعتماد يعكس مظاهر الضمان المشروع في الإسـلام ، وثابـت فـي السنة، ومجمع عليه من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار ، ففي ضـوء ذلـك لزمـت مشروعية فتح الاعتماد وأنه لا يخرج على الأصول الإسلامية في التعامل.

وقد صدرت فتوى فقهية عن ندوة البركة التاسعة حول موضوع الاعتمادات المـستندية جـاء فيها :

" الاعتماد المستندي الذي يفتحه المصرف لصالحه في عمليات المرابحة للآمر بالشراء

إذا كان دفع قيمته مؤجلا على المصرف وكان بعملة مختلفة عن العملة المحـددة لعقـد المرابحة فإنه يمتنع شرعا اجراء العملية على أساس المرابحة، لعدم امكان تحديد تكلفة السلعة بالعملة المحدودة في المواعدة.

والبديل المشروع لذلك أحد أمرين :

أ - إما إجراء عملية المرابحة بالعملة المحددة في الاعتماد. ويمكن عند قيام العميـل بالسداد اتفاقه مع المصرف على الوفاء بعملة أخرى بصرف حاضر بـسعر يـوم الأداء.

ب - أو إجراء عملية البيع على أساس المساومة، وتقدير المصرف الـثمن بمـا يـراه محققا لمصلحته والاتفاق مع العميل على إبرام عقد البيع به. ثم إذا دفع المصرف قيمة الاعتماد وظهر الإجحاف به أو بالعميل بعد معرفة التكلفة فلا مانع من اتفاق الطرفين - في حينه - دون تواطؤ مسبق على زيادة ثمن البيـع أو الحـط منـه ، تعديلا للثمن المحدد في العقد السابق" (١)

ويـرى **البـاحـث** أيضاً هنا أن العبرة بالمآل فان كان البنك التجاري سيدفع قيمة خطـاب الاعتماد من أموال طالب الاعتماد المستندي فلا شيء فيها، وإن دفعها من عنده وبفائدة فهي حرام والمخرج هو المشاركه أو المضاربة بما دفع ويحصل على نصيبه من الأرباح أو الخسائر.

---

(١) فتاوى ندوات البركة - ص ١٥٧.

م – بطاقات الائتمان [*]

تمهيد :

إن لبطاقات الائتمان في المجتمعات الحديثة شأنا عمليا كبيرا ربما لم تبلغه في البلاد الإسلامية، فقد أصبحت من متطلبات السفر والترحال، ذلك لأنها تحقق للإنسان أمانا على أمواله من حملها معه ، فضلا عن أن البطاقة تيسر لحاملها السداد بأي عملة دون أن يحتاج لحمل العملات المختلفة التي توجد إجراءات لدخولها وخروجها في بعض البلاد التي بها قيود على تحويل العملة.

لقد اصبح إصدار بطاقة الائتمان أحد الخدمات المصرفية المهمة ، وهو أيضا خدمة ذات طابع سياحي كالشيكات ولكنها تتفوق على الشيكات في عنصر الأمان والسهولة، ومن الضروري التعرض إلى تكييفها الشرعي وحكم إصدارها واستلامها وما يترتب عليه من التزامات مالية أصلية أو طارئة.

أولا : أصول التعامل ببطاقة الائتمان:

إن بطاقة الائتمان تنشأ عن علاقات متعددة من أطراف مختلفة فهناك:

١ – الشركة التي ترعى البطاقة وهى عادة شركة عالمية.

٢ – وكالات محلية ، وبنوك محلية للوساطة.

٣ – أصحاب المتاجر والخدمات (عملاء بيع بالبطاقة).

٤ - حملة البطاقة (عملاء شراء بالبطاقة).

وتدور العلاقات هكذا :

أ – تتفق شركة البطاقة مع الوكالات أو البنوك لتسويق البطاقة للطرفين المتعاملين بها مباشرة وهما أصحاب المتاجر والخدمات وحملة البطاقات.

ب – يقدم حامل البطاقة بطاقته إلى صاحب المتجر أو الخدمة فيتسلم ما اشتراه لقاء الالتزام بالدفع عن طريق شركة بطاقته.

ج- يقدم صاحب المتجر أو الخدمة الإشعار الموقع من حامل البطاقة ويتسلم من

---

* المصدر : بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي د. عبدالستار أبو غدة – بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي – بنك البحرين الإسلامي- الندوة الثانية للأسواق المالية ، المنامة (٢٥-١٩٩٣/١١/٢٧م)

شركة البطاقة أو وكيلها أو البنك المتعامل معها ثمن البضاعة.

د – ترسل شركة البطاقة للعميل صورة من الإشعار الموقع من حامل البطاقة مع طلب تسديد ثمن ما دفعه بعد تحويله إلى عملة البطاقة.

هـ – إذا تأخر حامل البطاقة عن سداد التزاماته بتجاوز الفترة المحددة المسموح بها فإنه يحسم عليه بالإضافة للمبالغ المطالب بها فائدة للتأخير وهى فائدة مركبة.

ثانيا : ضوابط التعامل ببطاقة الائتمان:

١ – استعمال البطاقة :

تنص بعض بطاقات الائتمان على " التعهد بعدم بيع أو إرجاع أى من البضائع أو التذاكر أو الخدمات التي يحصل عليها حامل البطاقة باستعمالها، بقصد الحصول على قيمتها النقدية. وهذا النص يحقق منع بيع العينة (بالرغم من عدم أخذ ذلك باعتبار شرعي).

٢ – النفقات بالعملة الأجنبية:

أية نفقة بالعملة الأجنبية يجرى تحويلها إلى عملة الحساب ويكون سعر الصرف المستعمل هو الأنسب لحامل البطاقة من بين كل من أسعار البنوك أو السعر السياحي أو السعر الرسمي السائد حيث يقتضي القانون ، وذلك يوم قيد النفقة.

٣ – المدفوعات :

أ – رسوم العضوية.

ب – رسوم البطاقة السنوية.

ج – الرسوم الأخرى ، مثل تكاليف تحصيل الشيكات المسدد بها أو التحويلات.

د – سداد الفواتير.

هـ – غرامات التأخير.

٤ – تسهيلات السحب النقدي :

من خدمات البطاقة إتاحة السحب النقدي لمبالغ بالعملات المختلفة حسب تواجد حامل البطاقة في البلاد وذلك من البنوك الوكيلة ، أو من آلات الصرف المركبة في مناطق معلومة في كل بلد.

ثالثا : التكييف الشرعي لبطاقات الائتمان:

١ – تكييف العمولة على قيمة الفواتير المحسوبة على أصحاب البضائع والخدمات: إن المسألة الأساسية التي تقوم عليها بطاقات الائتمان هي الحسم الذي تحصل عليه شركة البطاقة من أثمان البضائع والخدمات عند سداد ذلك إلى أصحابها ، إذ يرى البعض أن هذه النسبة هي فائدة يدفعها أصحاب البضائع والخدمات إلى شركة البطاقة ، وان لحامل البطاقة علاقة بذلك لأنه هو الذي تعامل بالبطاقة ، فيكون بهذا معيناً على تعامل محرم.

وهناك تكييف آخر لهذه النسبة التي تحصل عليها شركة البطاقة من أصحاب المتاجر والخدمات، وهى أنها عمولة على تحصيل الثمن من العميل حامل البطاقة لدفعه إلى أصحاب المحلات والخدمات.

ومن المقرر شرعا جواز أخذ أجر معلوم متفق عليه على كل من تحصيل الدين ، أو توصيل الدين ، وما يجوز أخذه من الطرفين يجوز أخذه من أحدهما.

٢ – تكييف عمولة الخدمات الأخرى:

إن الرسوم والمصاريف المدفوعة من العميل عبارة عن أجر عن خدمات وهى وكالة بأجر، والخدمات هي التعريف بالعميل وتجهيز البطاقة وإرسال الإشعارات ... الخ. وهناك رسوم وعمولات يدفعها أصحاب البضائع والخدمات لقاء اشتراكهم في الاستفادة من عملاء البطاقة وهى خدمة سمسرة، أو لقاء الأجهزة المقدمة للمحلات وهى أيضا خدمة تستحق الأجرة.

٣ – تكييف العمولة عن الدفعات النقدية:

هذه العمولة هي نسبة من المدفوعات النقدية التي يحصل عليها حملة البطاقات في أسفارهم بواسطة الأجهزة أو البنوك المتعالمة مع شركة البطاقة، وهى تقتسم بين شركة البطاقة وبين البنوك التي لها دور في العملية.

وهناك رأيان شرعيان فيها : أحدهما : منع تقاضي هذه العمولة ، لأنها عملية قرض من شركة البطاقة أو من البنك الوكيل وهذه العمولة مقابل القرض فيه فائدة ، وقد ذهبت إلى هذا الرأي الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار وأوجبت على الشركة حين وصول هذه العمولة إليها بان تقوم شركة الراجحي بتسجيلها للعميل في حسابه ، أى تردها إليه.

والرأي الشرعي الأخر: هو ما جرت عليه هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبيت التمويـل الكويتي من أن هذه العملية ليست قرضا إلا في الحالات النادرة ولمدد قصيرة جدا، وإنما هو توصيل لأموال العميل من حسابه إلى المناطق التي يستخدم فيهـا البطاقـة، وهـذه العمولة هي أجر لتحويل العملات من بلد إلى بلد، فإن البنوك الوكيلة لشركة البطاقة تدفع النقود ثم تسترد ما دفعته، لكي تحقق السرعة بل الفورية المطلوبة في هـذه العمليـة. وهناك أجل متخلل بين الدفع والاستيفاء لكنه ليس مقصودا في العملية.

ولا يخفى أن في هذه العملية كفالة من البنك الذي يصدر البطاقة نيابـة عـن شـركتها العالمية، فهو يكفل عميله لأداء ما عليه مع حق الرجوع وهذه الكفالة من قبيل التبرعات فلا يؤخذ عليها مقابل.

رابعا : البديل الإسلامي لبطاقة الائتمان :

١ - عرضت الاتفاقيات المتعلقة ببطاقة الائتمان التي عزم بيت التمويل الكويتي علـى إصدارها باسم (فيزا التمويل) وأجريت التعديلات الشرعية فيها وفي شروط البطاقة وخصوصا شرط فوائد التأخير حيث حذف وربطت البطاقات بحساب العمـلاء مـع التزام اشتمالها على سداد ما يستخدمون البطاقة لشراء إما مسبقا أو عند وصول الفواتير، ولكن بقى أمر لم تصل الهيئة الشرعية إلى حل له وهو حـصول حامـل البطاقة على ميزة التأمين على الحياة، لأنه لا زال محل بحث في المجامع الفقهية. واشتملت عمليات البطاقة على وكالة بأجر، وكفالة مجانا، وقرض يسير أحيانا.

٢ - أما الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاسـتثمار فقـد عـرض عليهـا موضوع إصدار بطاقة ائتمان بمعرفة الشركة (وهى بطاقة فيزا أيضا) بعد أن حذف منها بند (فوائد التأخير) وأجري تعديل أو تنبيه بشأن الدفعات النقديـة بالبطاقـة وكذلك سداد الفواتير وهو: في حالة عدم وجود تسهيلات للسحب على المكـشوف يفوض العميل الشركة أن تخصم من التأمين النقدي أي مبالغ لا يوجد لها مقابـل بحسابه الجاري الدائن، على أن يلتزم بتوفير هذا المبلغ في الحال لتكملـة مبلـغ التأمين المقرر عليه.

كما أن الهيئة عدلت في شروط طريقة تحويل العملات الأجنبية فجعلت (حـساب الـسعر المعلن من قبل شركة الراجحي في ذلك اليوم للمتعاملين بالبطاقة) بعد أن كان للـشركة الحق أن تختار السعر المناسب ، كما أن الهيئة منعت تقاضي عمولة على السحب النقدي

وأجازت الرسوم المتعلقة بإصدار البطاقة والرسوم السنوية وسداد الفواتير مـع حـسم جزء من مبالغها على أصحاب البضائع والخدمات.

<u>أخيراً</u> : ما الحكم الشرعي في استخدام بطاقات الائتمان غير المعدلة من قبل هيئات شرعية ؟

والجواب: أن حامل البطاقة إذا اتخذ من الاحتياطات ما يكفل عدم تطبيـق هـذا الـشرط المحرم عليه فلا بأس من الاستفادة من البطاقة وتوقيعه على اتفاقيتها بالرغم مـن هـذا الشرط لأنه في معرض الإلغاء شرعا وهو مستنكر ومعمول على استبعاد مفعوله، والدليل الشرعي لهذا قول النبي صلى ا عليه وسلم لعائشة رضى ا عنها فـي أمـر بريـرة رضى ا تعالى عنها:"خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن اعتق"، وفي رواية " اشتريها واعتقيها واشترطي لهم الولاء"، قـال شـراح الحـديث : معنـاه لا تبـالي لأن اشتراطهم مخالف للحق، فلا يكون ذلك للإباحة، بل المقـصود الإهانـة وعـدم المبـالاة بالاشتراط وان وجوده كعدمه.

وقد صدرت عن ندوة البركة الثانية عشرة ثلاث فتاوى حول موضوع بطاقات الائتمان :

١ - <u>الفتوى الأولى حول التكييف الشرعي للعلاقات بين أطراف بطاقة الائتمان :</u>

" إذا كان لحامل بطاقة الائتمان (عميل البنك) حساب لدى البنك المصدر للبطاقة، واتفـق على أن البنك يدفع من حساب العميل المبالغ التى استخدمت لها البطاقة فإنه تنشأ علاقة حوالة على مدين (حوالة مقيدة) العميل فيها محيل، والتاجر محال، والبنك محال عليه.
وإذا لم يكن لعميل البنك حساب وقبل البنك أن يتولى الدفع عنه ويطالبه بالسداد فيما بعد من غير فائدة فالعلاقة حوالة أيضاً ولكن على غيرمدين (حوالة مطلقة).

وهذا بالنسبة لتكييف العلاقة بين البنك المصدر وحامل البطاقة، وتشتمل العلاقـات بـين الأطراف أيضاً على معاني عقود أخرى مثل :

- الكفالة، من حيث استمرار التزام بنك التاجر بالأداء للتاجر دون ربط الرجـوع علـى المحيل.
- الوكالة، من حيث قيام بنك التاجر - وكيلا عن التاجر - بإتمام عملية التحصيل من المحال عليه (البنك المصدر).
- القرض، في حالة انكشاف رصيد حامل البطاقة لدى البنك المصدر."[١]

---

[١] فتاوى ندوات البركة - ص ٢٠٢ .

٢ - **الفتوى الثانية حول تقاضي رسوم عن بطاقات الائتمان، وضوابطه :**

" يجوز للبنك المصدر لبطاقة الائتمان أن يأخذ من طالب البطاقة رسوم العـضوية، ورسوم الاشتراك أو التجديد، ورسوم الاستبدال على أن تكون تلك الرسوم مقابـل الخدمات المقدمة لحامل البطاقة.

ولا مانع من اختلاف هذه الرسوم باختلاف الخدمات أو المزايا، ولـيس بـاختلاف مقدار الدين (المبلغ المستخدمة له البطاقة) أو أجله (مقدار مهلة السداد) ". [١]

٣ - **الفتوى الثالثة حول إستخدام بطاقة الائتمان في سلع أو خدمات محرمة :**

" لا يجوز إصدار بطاقة الائتمان لمن يعلم البنك أو يظن أنه يستخدمها في أعمـال مخالفة للشريعة الاسلامية، لأن في ذلك معاونة له على الاثم. ويستحـسن للبنـك المصدر للبطاقة التنبيه بأسلوب لطيف على أن المتوقع من المسلم عدم استخدامها في ذلك، وأنه يحق للبنك في حالة مخالفة العميل إلغاء البطاقة." [٢]

ويـرى البـاحث أن بطاقة الائتمان على مقتضى المآل أن الاموال سوف تدفع من حساب العميل فهي لا تخرج عن كونها وسيلة دفع مستحدثة تشبه الشيك المقبـول الـدفع وإن كانت من حساب البنك يتولى سدادها العميل بدون فوائد فهي حوالة أيضاً لاشيء فيهـا، أما إن كانت من حساب البنك مقابل فائدة على المبلغ المسدد المؤجل على حامل البطاقـة فهي المحرمة لدخول الربا إليها أما المصاريف الاخرى فهي مقابل خدمات فعلية أي أجور فلا شيء فيها والقاعدة الفقهية تقول : (الأمر إذا ضاق اتسع) والبطاقات بدل عن النقود وعن الشيكات والقاعدة الفقهية تقول : (إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل) شريطة خلوهـا من الفائدة والربا.

---

[١] فتاوى ندوات البركة - ص ٢٠٣ .

[٢] فتاوى ندوات البركة - ص ٢١٠ .

ط – الشيكات المصرفية

تعريفها :

الشيكات المصرفية المحلية هي شيكات يبيعها البنك لعملائه وتكون مسحوبة على فروعه في مختلف مدن القطر وذلك بأن يتقدم العميل طالبا إصدار الـشيك لأمـره أو لأمـر أى شخص يحدده بمبلغ معين ليصرف في مدينة أخرى. وقد يطلب العميل الشيك على نفس المدينة كما يحدث في عمليات المقاولين عندما يتقدمون بطلب شـيكات بقيمـة تـأمين عمليات معلن عنها بعطاءاتهم.

ويدفع العميل قيمة الشيك وعمولة البنك نقدا بخزينة البنك مقابل استلام الشيك.

وقد يعطي العميل تعليمات كتابية بقيد قيمة الشيك المطلوب على حسابه فتخصم القيمـة والعمولة من حسابه بالبنك ويسلم له الشيك أو يرسل للمستفيد في الجهة التي يحددها العميل.

وعلى سبيل المثال إذا أراد زيد من الناس في القاهرة إرسال ألف جنيه لتاجر يتعامل معه في سوهاج فإن زيدا يتقدم للبنك ويدفع الألف جنيه مضافاً إليها العمولة المستحقة فيحرر له موظف البنك الشيك المصرفي على فرع البنك بسوهاج لأمر التاجر ويسلمه للعميـل بعد توقيعه بإمضاءات فرع البنك بالقاهرة المعتمدة.

وبموجب هذا الشيك يستطيع التاجر في سوهاج التقدم للبنك في بلدته واستلام المبلغ[١].

الشيكات مقبولة الدفع :

الشيك مقبول الدفع هو شيك عادي يحرره العميل على شيك من دفتـر الـشيكات الـذي يحتفظ به لأمر المستفيد سواء كان شخصا عاديا أو شخصية اعتبارية ثم يتقدم به العميل الساحب إلى مصرفه للتوقيع من المصرف بقبول دفع هذا الشيك فيصبح المصرف ملتزما أمام المستفيد بدفع قيمة الشيك بمجرد الطلب.

التكييف الشرعي للشيكات :

إن عملية تحويل النقود يبرز فيها صورة الوكالة والإنابة.

---

[١] الموسوعة العلمية والعملية للبنوك ص٤٧٤ .

والوكالة جائزة شرعاً بأجر وبغير أجر . والعمولة هنا هي الأجر فهي جائزة.

أما المصاريف التي يأخذها البنك من العميل فإنها مصاريف فعلية تكبدها البنك وليست داخلة في نطاق العمولة وقد أنفقت تسهيلا وتأكيداً لمصلحة العميل وهى جائزة شرعاً كذلك العائد الذي يأخذه البنك أجر تحويل المبلغ جائز ذلك لأنه في نظام البنوك يوجد ما يعرف بغرف المقاصة "وغرف المقاصة" هي المكان الذي يجتمع فيه مندوبو البنك لتبادل الشيكات المسحوبة بين البنوك وبعضها وتسوية الدائنية والمديونية الناتجة من عمليات تحصيل الشيكات.

ولاشك أن كل بنك يتحمل أجر مندوبه ونفقاته. وهذا بالنسبة للبنوك المشتركة في غرف المقاصة. أما بالنسبة للبنوك غير المشتركة في غرف المقاصة فهي تساك ، طريقة فتح الحساب الجاري وبالطبع كل بنك يتحمل أجر ونفقة فتح الحساب وإمساكه[1].

ويرى **الباحث** أن الشيكات وفقاً لجميع أنظمة الأوراق المالية أصبحت لها قيمة النقود وأصبحت أداة وفاء ، والتزوير فيها مثل أن يصدر شخص شيكاً بدون رصيد كالتزوير في النقود لها عقوبة منصوص عليها فالشيك وسيلة للدفع ، وإنما الاختلاف يأتي فيما إذا كان الشيك مسحوباً على حساب الساحب (أي تخالطه الفوائد) فهذا لا شيء فيه والقاعدة الفقهية تقول : (الفرع يأخذ حكم الأصل).

أما إذا كانت الشيكات مسحوبة على حساب مكشوف وسيترتب عليه فوائد فيخالطه عند ذلك الربا فيصبح حراماً على اعتبار أن الفرع يأخذ حكم الأصل.
أما الدلالة الثالثة وهي أن يصدر شخص شيكاً وهو يعلم أن ليس لديه رصيد وغرضه هو الغش والتدليس فيكون حكم الشيك حراماً كمن يدلس في النقود والقاعدة الفقهية تقول : (الفرع يتبع أصله).

وبما أن الشيكات في أساسها من قبيل التيسير والرخص فلا يجوز استخدامها بسوء نية أو تدليس أو غش لأن القاعدة الفقهية تقول : (الرخص لا تناط بالمعاصي).

---

[1] الموسوعة العلمية للبنوك. ص (٤٧٤ - ٤٧٥).

ي – الأوراق التجارية [1] :

الأوراق التجارية هي صكوك ثابتة للتداول تمثل حقاً نقدياً وتستحق الدفع بمجرد الاطلاع أو بعد أجل قصير.

ويجري العرف على قبولها كأداة : للوفاء

وقيل : إنها كل صك ليست له خصائص النقود الحقيقية ومع ذلك يجرى قبوله في الحياة التجارية بدلاً من النقود.

أنواع الأوراق التجارية :

١ - الكمبيالة [٢] ، ٢ - السند الإذني[٣] ، ٣ - الشيـك [٣] .

وهذه الأوراق التجارية يقدمها التجار وغيرهم للتحصيل أو للخصم لدى المصارف على حسب طبيعة كل ورقة فمثلا الشيك لا يقبل الخصم بخلاف الأوراق الأخرى كالكمبيالة والسند الاذني فمن الممكـن تقديمها للتحصيل أو الخصم.

التحصيل :

المقصود من التحصيل انابة (البنك) في جميع الأموال الممثلة في الأوراق التجارية من المدينين بها وتسليمها الى العميل (الموكل) وينقسم الى قسمين :

الأول : تحصيل محلي وهو ما يتم فى نفس المدينة التي بها الشيك.

الثاني : تحصيل غير محلي وهو الذى يكون فى بلد المسحوب عليه فى عملية التحصيل غيـر بلـد البنك.

الخصم أو القطع :

الخصم أو القطع عملية مصرفية بموجبها يقوم حامل الورقة التجارية بنقل ملكيتهـا عـن طريـق التظهير[٤] الى البنك قبل ميعاد الاستحقاق مقابل حصوله على قيمتها مخصوماً منها مبلغـاً معينـاً يسمى (الخصم) أو (الأجيو).

الحكم الشرعي بالنسبة لهذا التعامل :

---

(١) المصدر : الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية - الجزء الخامس - الجزء الشرعي - المجلد الأول: الأصول الشرعية والأعمال المصرفية في الإسلام. ص (٤٧٧ - ٤٨٠).

(٢) الكمبيالة : صك يأمر فيه الساحب محرر الكمبيالة أي (الدائن) شخصاً يسمى المسحوب عليه (المدين) بدفع مبلغ من النقود فى تاريخ معين لشخص معين أو لحامل الصك ويطلق عليه اسم المستفيد.

(٣) الشيك : صك يأمر فيه الساحب المسحوب عليه بدفع مبلغ من النقود من حسابه لديه إما إلى الساحب نفسه وإما إلى شخص آخر وإما لحامله ، ويختلف الشيك عن الكمبيالة من جهة أن الشيك أداة وفاء ويقوم مقام النقود ويقتضى الدفع بمقتضى الاطلاع ، أما الكمبيالة فهي أداة ائتمان ووفاء ، ولذلك يختلف تاريخ السحب عن تاريخ الوفاء.

(٤) التظهير : بيان على ظهر الصكوك الأذنية إما بقصد نقل ملكية الحق الثابت في الصك من المظهر إلى المظهر إليه أو بقصد توكيل المظهر إليه في تحصيل قيمة الصك أو بقصد رهن الحق الثابت في الصك للمظهر إليه .

أولاً : التحصيل :

ان المتأمل فى طبيعة تقديم الأوراق التجارية الى البنوك للتحصيل يلاحظ أنهـا عمليـة توكيل بأجر لأنها عملية انابة والتوكيل شرعاً : هو إقامة الانسان غيره مقام نفسه فـي تصرف معلوم جائز له حال حياته.

وكل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره وعلى هذا فعملية التحصيل للأوراق التجارية، عملية توكيل للبنك بأجر واذا أجزنا للمحامي الأجر مقابل وكالته فـي الدفاع سواء أكسب القضية أم خسرها فإن وكيل (البنك) عملية التحصيل للدين يـستحق الأجر سواء تم التحصيل أم لا لأنه قام بالوكالة وحقق المطالبة بسداد الدين فـي ميعـاد الاستحقاق واتخذ كافة الوسائل الممكنة والمانع انما كان من المدين لعسره أو مماطلته.

ثانياً : الخصـــم :

اتفاق يعجل به البنك الخاصم لطالب الخصم قيمة ورقة تجارية أو سند قابل للتـداول أو مجرد حق آخر، مخصوماً منها مبلغ يتناسب مع المدة الباقية حتى استيفاء قيمة الحـق عند حلول أجل الورقة أو السند أو الحق. وذلك فى مقابل أن ينقل طالب الخصم الى البنك هذا الحق على سبيل التملك وأن يضمن له وفاءه عند حلول أجله.

ويحصل البنك في مقابل قيامه بعملية الخصم بما يسمى (الأجيو) وهو يتكون من ثلاثـة عناصر :

١ - الفائدة ، ٢ - العمولة ، ٣ - المصروفات .

الحكم الشرعي :

إن العمولة وهى الأجر من الممكن إجازتها وكذلك المصاريف لأن كـلا منهمـا مقابـل خدمات حقيقية قدمها البنك فالعمولة مقابل فتح الحساب ومسكه، والمصاريف مقابل مـا أنفقه وتكبده وهذا يتفق مع الإسلام وسماحته أما الفائدة التي يأخذها البنك فهـي حـرام حيث أخذ البنك فائدة في مقابل الأجل.

وجاء في الموسوعة الفقهية لوزارة الأوقاف والشئون الاسـلامية بالكويـت " عمليـة

الخصم باطلة من وجهة النظر الاسلامي لأنها لا تصح حوالة لفوات شريطة التساوي بين الدين المحال به والدين المحال عليه، وكذا لا تصح قرضاً من المصرف لأنه حينئذ قرض جر نفعا لمكان عدم التساوي، ولا تصح أيضاً على سبيل بيع الدين لغير من هـو عليـه عند من يصححه لأن العوضين هنا من النقود ولا يجوز بيع النقود بجنسها مع التفاضل، وعند اختلاف الجنس يجب التقابض ".

ويقول الدكتور سامى حمود فى كتابه (تطوير الأعمال المصرفية..) بعد ذكره نـص مـا جاء في الموسوعة الفقهية :

" ونرى أنه بالنسبة لما جاء في الموسوعة من أن عملية الخصم لا تصح قرضـاً لأنـه قرض جـرنفعاً، لا يقتضي القول باعتبار العملية باطلة من وجهة النظر الإسلامي وذلك لأن الباطل هو النفع الربوي الذي لو تجردت منه عملية الخصم لكانت مقبولة في النظر الاسلامى فالعملية صحيحة من حيث كونها قرضاً واقتطاع الفوائد فيها باطل لأنـه مـن الربا، وهما أمران يمكن الفصل بينهما اذا جعلت العملية قرضا بلا عائد ربوي " [١]

ويرى **الباحث** أن الخصم هو مقلوب الفائدة فالفائدة تؤخذ في نهايـة الفتـرة الزمنيـة للايداع أو الاقتراض أما الخصم فيؤخذ قبل نهاية الفترة الزمنيـة أي قيمـة اسـتعجال التحصيل وغالباً ما تساوي قيمة الفائدة ولايمكن قياس عملية الخصم على قولهﷺ (ضع وتعَجل) لأن الواضع هنا ليس المقرض وإنما طرف ثالث وهي أشبه مـا تكـون ببيـع الديون التي تدخل في نطاق نهي المصطفى صلى ا عليه وسـلم (عـن بيـع الكـالئ بالكالئ) والقاعدة الفقهية تقول : (الأصل في الأموال الربوية التحريم).

---

[١] تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية - د. سامي حمود - ص (٣١٣).

الفصل الثاني : الشركات

أولاً : تعريف الشركة :

هي عقد بين اثنين فأكثر على أن يكون رأس المال والربح والخسارة مشتركاً بينهم .

وقد أجمع المسلمون على مشروعية الشركة في الجملة .

ففي الدرر المنتقى من كتب الحنفية تعريف للشركة عموماً بأنها "اختصاص اثنين فـأكثر بمحل واحد" (١) وهذا التعريف عام يشمل جميع أقسام الشركة ويجعل معنى الشركة دائراً حول الاختصاص بين اثنين أو أكثر بمحل واحد سواء أكان عيناً أو ديناً، أو عملاً أو مالاً، أو جاهاً .

وفي المغني لابن قدامة الحنبلي تعريف للشركة بأنها "الاجتماع في استحقاق أو تـصرف" (٢) وهو التعريف المشهور عند الحنابلة .

وهو تعريف جامع يشمل جميع أنواع الشركات .

ثانياً : الشخصية الاعتبارية للشركة (*)

أ - تعريفها :

يراد بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية : ان تعتبر الشركة شخصاً معنويـاً مـستقلاً عـن أشخاص الشركاء وأن يكون لها ذمة مالية خاصة ، أي أن يكون للشركة وجودها المستقل عن الأفراد الطبيعيين المكونين لها وقدرتها على أن تكون لها حياة قانونيـة أي تكـسب حقوقاً وتلتزم بواجبات .

١- الدرر المنتقى شرح الملتقى ٧٢٢/٢ نقلاً عن : الشركات فـي الـشريعة الإسـلامية والقـانون الوضـعي ، د: عبدالعزيز الخياط .

٢- المغني - ابن قدامة - ١/٥ نقلاً عن : الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، د: عبدالعزيز الخياط

(*) للتوسع في مجال الحديث عن الشخصية المعنوية انظر : الشركات التجارية للـدكتور علـي حـسن يـونس . والشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور عبدالعزيز عزت الخياط - والشركات للدكتور كامل ملش والأصول العلمية والعملية في محاسبة الشركات للدكتور حلمي نمر ، والغرر وأثره في العقود فـي الفقـه الإسلامي للدكتور الصديق الضرير .

الآثار المترتبة على الشخصية الاعتبارية .

الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية . فيكون له :

أ - ذمة مستقلة .

ب - أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون .

ج - حق التقاضي .

د - موطن مستقل ، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته ، والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط محلي ، يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية .

هـ - ويكون له نائب يعبر عن إرادته .

وهذه الحقوق التي يمنحها القانون للشخص الاعتباري تثبت للشركات التجارية والمدنية على السواء ، وهو بهذه الحقوق يعقد مقارنة بين الشركات والأشخاص ، فكما أن لكل فرد اسماً وموطناً وجنساً وذمة وأهلية وحقاً في التقاضي ، فكذلك لكل شركة شخصية اعتبارية واسم وموطن وجنسية وذمة وأهلية وحق في التقاضي ، ولها صفة التاجر إذا احترفت التجارة ، على أن الشركة لا روح لها ولا عواطف ، فلا تحركها سوى المصلحة المادية . (١)

ب - الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي :

اهتم الفقهاء ببحث الشركة وتفصيل أحكامها ، ولكنهم لم يفصلوا الشركة عن الشركاء ، ولم يعترفوا بوجود مستقل للشركة عن وجود أعضائها ، واعتبروا ذمم الشركاء هي ذمة الشركة فليس لها ذمة خاصة بها ، وبالتالي لم يكن للشخصية المعنوية للشركة عند الفقهاء اعتبار ، وهم لم يعرفوا بالطبع هذا التعبير وذلك لأن فكرة الشخصية المعنوية لم تتضح إلا في عهد الجمهوريات الإيطالية في القرون الوسطى . وما حدث من تطور في النواحي التجارية والاقتصادية ، ولكن تحوط الفقهاء بقاعدة (لاينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان) .

١- الشركات - د: كامل ملش ص٦٦ نقلاً عن : الشركات للدكتور الخياط : ٢٢٢/١

على أن فقهاء المسلمين وإن لم يعرفوا تعبير "الشخصية المعنوية أو الاعتبارية فقد عرفـوا معناها حين بحثوا في "الذمة" وقالوا بوجود ذمة لما لا يعقل كالوقف والمسجد وبيـت المـال وغيرها حين وجدوا أن كثيراً من المعاملات لا تستقيم إلا إذا كانت لها ذمة منفصلة .

وقد تناول الفقهاء بحث "الذمة" بدقة متناهية .

والذمة أوسع من الأهلية إذ أن الأهلية من آثار الذمة .

ويـرى **الباحث** أن بقاء الذمة المالية بعد وفاة المتوفى عند بعـض الفقهـاء هـي مـدخل للشخصية الاعتبارية ففي هذه الفترة تتعلق بالتركة حقوق والتزامـات كمـا أن بيـت مـال المسلمين يتلقى حقوقاً ويدفع واجبات مع انفصاله عن أي ذمة مالية لمن يعملون فيه ؛ فبيت مال المسلمين وارث من لا وارث له وعليه نفقات وله إيرادات ، كذلك الحال مـع المـسجد يملك ويوجب له ولمن يقوم عليه الحفاظ على ما يتوجب له كحق الشفعة ، وتصبح الـصورة أكثر وضوحاً في الوقف الإسلامي فله صفة تخرج عن ملك الواقف ويترتب عليـه التزامـات وله حقوق يباشرها ناظر الوقف بصفة مستقلة عن ذمة الناظر ويظل الوقف ردحاً طويلاً بعد الواقف ؛ وعلى هذا تصبح الشخصية الاعتبارية في القانون المعاصر قد سبق إليهـا الفقـه الإسلامي ولكن بمسميات مختلفة.

ويرى كثير من الفقهاء اعتبار الشخصية المعنوية بمفهومها المعاصر استناداً إلى ما سـلف ذكره.

وبما أن الظروف المعاصرة اقتضت وجودها وفيها تيسير على العباد والبلاد (والمشقة تجلب التيسير) وفقا للقاعدة الفقهية وهي من المصالح المرسلة طالما أنها لاتخالف نصاً ، والمولى سبحانه وتعالى يقول : (يريد ا   بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) [البقرة ١٨٥] .

ج - الشخصية المعنوية في القانون الوضعي : (*)

الشخصية القانونية لا تنحصر بالأشخاص الطبيعيين فقط ، بل تتعـداهم إلـى المجموعـات الإنسانية ، التي يضطر الإنسان لانشائها لغايات مختلفة ، من أجل القيام بنشاط معين يعجـز الفرد عن القيام به .

ولقد أصبحت في جيلنا الحاضر حقيقة واقعة ، خاصة بعد تقدم الصناعة والتجارة ، وبعد قيام الشركات الكبرى والمشاريع الضخمة .

---

* المصدر : الكامل في قانون التجارة (الجزء الثاني : الشركات التجارية) للدكتور : إليـاس ناصـيف - دار منـشورات البحـر المتوسط وعويدات ، الطبعة الثانية ١٩٩٢م .

د - اكتساب الشركة للشخصية المعنوية :

يترتب على اكتساب الشركة شخصيتها المعنوية عدة نتائج ، تشبه مميزات الشخصية الطبيعية وهي : الاسم أو العنوان ومحل الإقامة والجنسية والذمة المالية والأهلية .

١ - اسم الشركة أو عنوانها :

هذا الاسم بالنسبة للشركات المساهمة والمحدودة المسئولية يتم اختياره من قبل الشركاء .

٢- محل إقامة الشركة :

محل الإقامة هو مركز الشركة الرئيسي حيث يوجد مركز مجلس الإدارة ويجب أن يعين محل إقامة الشركة في نظامها الأساسي .

٣- جنسية الشركة :

تتمتع الشركة بجنسية تثبت ارتباطها بدولة معينة ، وإن عناصر إعطاء الشركة جنسية بلدها هي : إما جنسية الشركة ، وإما رأس مالها الصادر عن بلد معين .

٤ - الذمة المالية :

تعتبر الشركة صاحبة أهلية لتملك الأموال ، وهذه الأموال تشكل بالنسبة للشركة ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء .

وينتج عن استقلال الذمة المالية للشركة النتائج التالية :

أ - يتمتع دائنو الشركة على رأسمالها بحق أفضلية بالنسبة لدائني الشركاء الشخصيين.

ب - لا يجوز إجراء المقاصة بين ديون الشركة وديون الشركاء .

ج - تنتقل ملكية الحصص المقدمة من الشركاء إلى الشركة .

د - تخصص الذمة المالية للشركة لإيفاء ديونها .

هـ - إن حق دائني الشركة في التنفيذ ، يقتصر على ذمتها المالية .

و - إن إعلان إفلاس الشركة يعتبر مستقلاً عن إعلان إفلاس الشركاء .

ز - تخضع أرباح الشركة لضرائب مستقلة عن الضرائب التي يخضع لها الشركاء .

٥- أهلية الشركة :

وتعني أهليتها لاكتساب الحقوق والالتزام بالموجبات ، فيكون لها أن تبرم العقود كالبيع والإيجار والرهن والتأمين والتوكيل ، إلا أن أهليتها تختلف عن أهلية الأشخاص الطبيعيين وهذا ما يسمى بمبدأ "التخصص" .

إن الشخص المعنوي (الشركة) يمارس أعماله وتصرفاته بواسطة أشخاص طبيعيين يمثلون جهازه الاداري ، كالمديرين والموظفين ، وقد اعتبرهم القانون بمثابة الوكلاء عن الشركاء بالاضافة إلى أن الأعمال والتصرفات التي يمارسونها باسم الشركة تكون ملزمة لها

<u>ثالثاً : أنواع الشركة :</u>

الشركة نوعان : شركة ملك وشركة عقد .

١- شركة الملك كذلك ضربان :

اختيارية : وهي التي تنشأ من أن يتملك اثنان أو أكثر عيناً من الأعيان بسبب من أسباب الملك، كأن يشتريها معاً .

واضطرارية : وهي الناشئة عن اختلاط مالين بدون إرادة مالكيهما اختلاطاً لا يمكن من الفصل بينهما ، كأن يكونا من نوع واحد كمقدارين من الأرز .

٢- شركة العقد :

أ - تعريفها : هي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وفي ربحه أو على الاشتراك في الربح فقط إذا لم يكن رأس مال .

ب - ركنها : ركنها الإيجاب والقبول . كأن يقول أحد الشريكين أو الشركاء شاركتك في كذا أو شاركتكم في كذا أو مايؤدي هذا المعنى ويقبل غيره ذلك .

ج - شروطها : يشترط فيها ما يأتي :

١- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول لأنها من العقود المالية .

٢- أن يكون كل من عاقديها أهلاً للتوكيل والوكالة إذ كل شريك في الشركة وكيل عن الآخرين فهو موكل لغيره ووكيل عنه .

٣- أن يكون المعقود عليه قابلاً للوكالة ليكون تصرف كل واحد منهم ملزماً للجميع ، فيكون لنفسه أصالة ولغيره بمقتضى الوكالة ، وعليه فلا شركة في أخذ مال مباح كالاحتطاب والاصطياد لأنه لا يجوز فيه التوكيل ، إذ يتملكه من يستولي عليه بمجرد الاستيلاء وليس لغيره عليه أمر فيه .

٤- أن يكون الربح جزءاً شائعاً معلوم القدر حتى لا يكون عدم شيوعه مفضياً إلى النزاع.

رابـعاً : أقسام الشركـة : *

١ - شركة الأبدان :

هي أن يشترك اثنان فأكثر فيما يكتسبونه بأيديهم ، كالصناع يشتركون على أن يعملـوا في صناعتهم ، فما رزق ا تعالى فهو بينهم ، وهي جائزة عند الحنفية ، والمالكيـة ، والحنابلة ، والزيدية . وحجتهم في جوازها .

١ - القياس على اشتراك الغانمين في الغنيمة ، فهم إنما استحقوا ذلك بالعمل ، فقد روي أن ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر ، فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابـن مـسعود شيئاً ، ولم ينكر النبيﷺ عليهما .

٢- القياس على المضاربة ؛ لأنها تنعقد على العمل .

ومنعها الشافعية ، والظاهرية ، والإمامية ؛ لما فيها مـن الغـرر إذ لا يـدري أن صاحبه يكسب أم لا .

واختلف المجوزون في بعض شروطها ، فمن ذلك أن مالكا يشترط اتفاق الصنعتين ولا يشترطه أبو حنيفة، فيجوز عنده أن يشترك الدباغ والقصار ، وقال مالـك : لا يجوز، لأن في اختلاف الصنعتين زيادة غرر .

٢- شركة الوجوه :

وهي أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهمـا رأس مـال ، ويبيعان ذلك ، فما قسم ا فهو بينهما فهي شركة على الذمم مـن غيـر صنعـة ولا مال ، وهي جائزة عند الحنفية ، والحنابلة ، والزيدية .

ومنعها المالكية ، والشافعية ، والإمامية ، وذلك لأن الشركة إنما تتعلق على المـال أو على العمل ، وكلاهما معدومان في شركة الوجوه ، مع مافي ذلك من الغرر ، لأن كـل واحد من الشريكين عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص .

(*) الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - للدكتور : الصديق الضرير - دار الجيل ص ٥٠٥ - ٥٠٩

٣- شركة المفاوضة :

وهي أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في كل ماله مع غيبته وحضوره ، وهي جائزة عند الحنفية ، والمالكية ، والزيدية ، واشترط الحنفية لها شروطاً تجعل وجودها نادراً جداً . ومنعها الشافعية ، والإمامية ، وذلك لما فيها من الغرر ، ولهذا قال الشافعي : "إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه في الدنيا " يشير بذلك إلى كثرة مافيها من الغرر .

وهي عند الحنابلة نوعان :

أحدهما : أن يشتركا في جميع أنواع الشركة الجائزة ، كأن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان ، فهذه مفاوضة صحيحة ، لأن كل نوع من هذه يصح على انفراده فصح مع غيره.

وثانيهما : أن يدخلا في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو غيره، وأن يلزم كل واحد منهما مايلزم الآخر من أرش جناية ، وضمان غصب ، وقيمة متلف ، وغرامة ضمان أو كفالة ، فهذه مفاوضة فاسدة ؛ وذلك لأن في هذه الشركة غرراً ؛ لأنه يلزم كل واحد منهما مالزم الآخر ، وقد يلزمه شئ لايقدر على القيام به ، ولأنه يدخل في هذه الشركة الأكساب النادرة .

٤- شركة العنان :

هي أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملا فيهما بأبدانهما والربح بينهما ، وهي جائزة باتفاق الفقهاء ، وإن كان بعضهم لايعرف هذا اللفظ ، وإنما يختلف الفقهاء في بعض شروطها ، لا في الجواز وعدمه .

٥- المضاربة :

تعريفها : المضاربة هي دفع المال إلى الغير ليتجر به ، ويكون الربح بينهما حسبما يتفقان عليه من النصف أو الثلث أو غير ذلك .

مشروعيتها : لا خلاف بين المسلمين في جواز المضاربة ، وهي من المعاملات التي كانت في الجاهلية فأقرها الإسلام ، وسيأتي الحديث عنها مفصلاً في الباب الخامس .

خامساً : الشركات المستحدثة وهي تنقسم بالنسبة لتكوينها إلى قسمين :

أ- شركات أشخاص : وهي التي يبرز فيها العنصر الشخصي عند التكوين .

ب- شركات أموال : تكون الأهمية للمال في استغلال موضوع الشركة .

أ - أنواع شركات الأشخاص :

١- شركات التضامن : وهي الشركة التي يعقدها شخصان أو أكثر بقـصد التجـارة ، ويكون فيها جميع الشركاء ملزمين بالتضامن عن جميـع التزامـات الشركة في أموالهم العامة والخاصة .

ويرى الباحث أن هذه الشركة أكثر انطباقاً مع المفهوم العام للشركات في وجهة نظر الفقهاء فالجميع متضامنون غرماً وغنماً وفقـاً لعقـد الشركة المبرم بينهم .

ونظراً لأن طبيعة الحياة اليوم اختلفت واحتاجت إلى هذه الأنواع من الشركات فإنها تعتبر من المصالح المرسلة خصوصاً أنها لا تتـضمن غرراً أو جهالة أو رباً ويمكن أن تنطبق عليهـا القاعـدة الفقهيـة : (الحاجة تنزل منزلة الضرورة)

٢- شركة التوصية : وهي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثـر مـن جانـب ، ويكونون مسئولين بالتضامن عن إدارة الشركة ويـسمون شـركاء متضامنين ، وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصـحاب حـصص مالية ولا يسألون إلا بمقدار حصصهم ولا يتدخلون في إدارة الشركة ويسمون : شركاء موصين .

ويرى الباحث أن هذه الشركة يمكن تصنيفها على المضاربة ، ففيهـا شركاء لا يتدخلون في الإدارة وهـم الـشركاء الموصـون وتكـون مسئوليتهم في حدود رأس مالهم المدفوع أما الـشركاء المتـضامنون والذين لهم حق الادارة والظهور أمام الناس فإنهم يـسألون مـسئولية تامة حتى وإن فاقت حصصهم المشاركين بها في رأس مال الشركة .

وأرى أنها شبيهة بعقد المضاربة إذ أن المتضامنين يمثلون المضارب، والمضارب مسئول عن التقصير والإهمـال إلا أن المـضارب هنـا

بالاضافة إلى كونه شريكاً ببدنه وجهده فهو شريك برأس مال فله نصيبان أحدهما عن جهده والآخر عن ماله ، وقد أجاز الفقه الإسلامي للمضارب أن يشارك بماله فيمكن تخريجها على شركة المضاربة خصوصاً وأنها لا تشمل قادحاً من غرر أو جهالة أو ربا أو ظلم ويمكن أن تنطبق عليها القاعدة الفقهية (الأصل في العقود الصحة) .

٣- **شركة المحاصة :** وهي شركة تقوم بين الشركاء وحدهم ، والأرباح والخسائر بينهم بحسب الاتفاق .

وهي **شركة مستترة** يبرز شريك واحد في التعامل مع الناس أمامهم وليس لها شخصية اعتبارية .

ويرى الباحث أنه لايوجد في الفقه مايوجب ظهور الشركة أو استتارها فالمهم هو بقية معاملاتها من إيجاب وقبول ودفع رأس المال وتعاقد ينفي الجهالة فهي من العقود المباحة وتنطبق عليها قاعدة (الأصل في العقود الصحة) .

ب - أنواع شركات الأموال :

١- **شركة المساهمة** : وهي التي يقسم فيها رأس المال إلى أسهم تكون متساوية القيمة ويكون لكل شريك عدد من الأسهم .

يكون نصيبه في رأس المال مساوياً لقيمة الأسهم التي يملكها والتي تمثل حصصاً في الشركة . وتنحصر مسئولية جميع الشركاء في مقدار ما يملكونه من أسهم ، ولهذه الشركة شخصية اعتبارية منفصلة عن جميع الشركاء فتترتب عليها ولها الحقوق والالتزامات . ويتحمل مدير الشركة المسئولية عن إدارة الشركة في حالة التجني والاعتداء .

كما **تشترط الأنظمة** أن يشهر رأس مال هذه الشركات وشركات الأموال عامة ويوضع على مطبوعاتها حتى يستبين المتعامل معها مقدرتها المالية ويقدر مقدار الخطورة في التعامل بحيث أن ضامن حقوقه في حالة حصول أي خسارة هو رأس المال فقط ، وتقع عليه مسئولية تقدير التعامل أو عدمه مع الشركات المساهمة .

ولقد **أباح** هذا الشكل من الـشركات الـشيخ محمـد عبـده والـشيخ عبدالوهاب خلاف والشيخ محمود شلتوت والشيخ الخالصي شريطة ألا تتعامل بالربا.

وقد اعترض على هذه الشركات بعض العلماء باعتراضات أهمها :
أنها ليست عقداً بين شخصين أو أكثر وأنهـا خاليـة مـن الإيجـاب والقبول لأن السهم وشراءه ضرب من ضروب التصرف .

ويرى الباحث أن شراء السهم هو قبول لأنها دلالة على الرضا ، وأن إصدار السهم هو دلالة على الإيجاب وفقاً للقاعدة الفقهية (إذا تعـذر الأصل يصار إلى البدل) وذلك لكثرة عدد الشركاء ، كما تنطبق عليها القاعدة (الحاجات تنزل منزلة الضرورات) ، كما يمكـن أن تنطبـق عليها بعد أن أصبحت هذه الشركات معروفة قاعدة (المعروف يوسع فيه مالا يوسع في غيره) .

٢- شركة التوصية بالأسهم : فيها نوعان مـن الـشركاء : شـركاء متـضامنون ، وشركاء موصون ، والحصص تقسم إلى أسهم

ويرى الباحث أن هذه الشركة شبيهة بشركة التوصية ويمكن أن تقاس على المضاربة. والاختلاف بينهما أن الحصص تمثل أسهما هنا يجوز تداول أسهم الموصين دون جـواز تـداول أسـهم المتـضامنين لأن مسئولية المتضامنين هي التي تكسب الشركة الثقة أما الموصون فإن مسئوليتهم تنحصر في رؤوس أموالهم ممثلة بالأسهم التي يملكونها .

٣- الشركة ذات المسئولية المحدودة : تمتاز بأنها أعفيت من أكثر قيـود شـركات المساهمة، وبقيت فيها مسئولية الشركاء محدودة بمقـدار الحـصص التي يملكونها.

وهذه الشركة أخطر أنواع الشركات فـي التعامـل المعاصـر فلهـا شخصية اعتبارية تتقبل الالتزامات في حدود رأس مالها . وقد كـان الغرض من إنشائها في الغرب تشجيع صغار المستثمرين على تجميع مدخراتهم والعمل بها ، واشترط أن يحدد رأس المـال ويكتـب فـي مطبوعات الشركة ويعلن ، كما اشترط تحديد نشاط الـشركة حتـى لايقع المتعامل معها في سوء تقدير ، فعليـه تقـع مـسئولية تحديـد مخاطرة تعامله معها في حدود رأس مالها وأغراض نشاطها .

ولقد اشترطت الأنظمة والقوانين تحديد المدير المـسئول ومـسئوليته مسئولية جنائية وعليه يقع عبء العمل في حدود رأس مال الـشركة وفي حدود أغراضها بالاضافة إلى القواعـد الأخـرى التـي تمنـع الإضرار بالشركاء أو بالمتعاملين .

ويـرى الباحث : أنه يجب أن يشمل النظام تحديداً لإجمـالي حجـم عمل هذه الشركة بحيث لايتجاوز رأس مالها أو ضـعفيه أو ثلاثـة أضعافه وفقاً للمعايير المالية والمحاسبية المتعارف عليها.

سادساً : انتهاء الشركة :

تبطل الشركة بما يأتي :

١- فسخ أحد الشركاء للشركة بشرط أن يعلم صاحبه بذلك .

٢- جنون أحد الشركاء جنوناً مطبقاً وإن لم يعلم شريكه بذلك لأنه قد انعزل عن وكالته بفقد أهليته

٣- موت أحد الشريكين وإن لم يعلم الآخر بذلك لما تقدم .

وإذا كان الشركاء أكثر من اثنين لم تنفسخ بالأسباب المتقدمة إلا في نصيب من خرج عن الأهلية أو فسخها وبقيت بين الآخرين . وفي الشركات المساهمة تنتقل الأسهم إلى الورثة ولهم الحق في ملكيتها أو بيعها .

٤- هلاك المال المشترك جميعه ، فتنفسخ بذلك بين جميع الشركاء لزوال محلها .

سابعاً : المجالات التطبيقية للشركات في الفكر الإسلامي المعاصر :

لعقد الشركة مجالات تطبيقية كثيرة خاصة في النواحي المصرفية والتمويلية، ويظهر في هذه المجالات نوعان من المشاركة هما :

١- المشاركة الدائمة.

٢- المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك.

أولاً : المشاركة الدائمة :

وتتمثل في قيام المؤسسة المالية بتمويل العملاء بجزء من رأس مال المشروع بحيث يصبح كل مشارك ممتلكاً حصة في رأس المال بصفة دائمة : نظير اقتسام الربح حسب اتفاق الطرفين، وفي حالة حدوث خسارة فإنها تقسم على قدر حصة كل شريك.

الخطوات العملية للمشاركة الدائمة : (١)

(أ) البنك : يقدم جزءاً من رأس المال المطلوب بصفته مشاركاً ويفوض العميل (الشريك) بإدارة المشروع.

(ب) الشريك : يقدم جزءاً من رأس المال المطلوب للمشروع، ويكون أميناً على ما في يده من أموال البنك.

١- انظر "أدوات الاستثمار الإسلامي" لعز الدين خوجة ص ٩٥-١١١.

نتائج المشروع:

(-) يتم العمل في المشروع من أجل تنمية المال، وقد يحقق المشروع نتائج إيجابيـة أو سلبية.

توزيع الثروة الناتجة من المشروع :

(أ) في حالة حدوث خسارة، فإنها تقسم على قدر حصة كل شريك في رأس المال.

(ب) في حالة تحقق أرباح، فإنها توزع بين الطرفين (البنك والشريك) بحسب الاتفاق.

فائدة هذا الأسلوب :

توفر البنوك الإسلامية بهذا الأسلوب السيولة الكافية للعملاء على المدى الطويل، وهـي تمثل طرفاً مشاركاً فعالاً في المشروع إذ تساهم في تحديد طرق الإنتاج، وضبط توجهات المنشأة، كما أنها تتابع وتراقب الأداء وتشارك في النشاط الإنتاجي والـربح والخـسارة دون أن تثقل كاهـل العميل بديـون والتزامات مالية يكون مجبراً على تسديدهـا في كل الأحوال .

ثانياً: المشاركة المتناقصة :

وهي أن تتنازل المؤسسة المالية الإسلامية عن حصتها تدريجياً مقابل سداد الشريك لهذه الحصة من العائد الذي يؤول إليه أو من أية موارد خارجية أخرى، وذلك خـلال فتـرة مناسبة يتفـق عليها ، أو عند انتهـاء عملية السـداد بتخارج البنـك مـن المـشروع ويصبح المشروع ملكاً لـه.

جواز المشروعية :

انتهى مؤتمر المصرف الإسلامي الأول بدبي إلى أن أسلوب المشاركة المتناقصة يمكن أن يأخذ عدة صور:

أولها : اتفاق البنك مع عميله على تحديد حصة كل منهما في رأسمال المشاركة وشـروطها وقد رأى المؤتمر أن يكون بيع حصص البنك إلى المتعامل بعد إتمام المشاركة بعقـد مستقل بحيث يكون له الحق في بيعها للبنك أو لغيره وكذلك الأمر بالنسبة للبنك بـأن تكون له حرية بيع حصصه للمتعامل شريكه أو غيره.

والصورة الثانية: هي أن يتفق مع متعامله على المشاركة في التمويـل الكلـي أو الجزئـي لمشروع ذي دخل متوقع وذلك على أساس اتفاق البنك مع الشريك الآخـر لحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المحقق فعلاً مـع حقـه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي من الإيراد أو أي قدر منه يتفق عليه ليكون ذلـك الجزء المتبقي من الإيراد أو أي قدر منه يتفق عليه ليكـون ذلـك الجـزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل.

والصورة الثالثة: هي أن يحدد نصيب كل من البنك وشريكه في الشركة في صـورة أسـهم تمثل مجموع قيمة الشيء موضوع المشاركة (عقاراً مثلا) فيحصل كل مـن الشريكين (البنك والشريك) على نصيبه من الإيراد المحقـق مـن العقـار، وللشريك إذا شاء أن يقتني من هذه الأسهم المملوكة للبنك عدداً معينـاً كـل سنة بحيث تكون الأسهم الموجودة في حيازة البنك متناقـصة إلـى أن يـتم تمليك شريك البنك الأسهم بكاملها فتصبح له الملكية المنفـردة للعقـار دون شريك آخر.

الخطوات العملية للمشاركة المتناقصة (١).

١ - الاشتراك في رأس المال :

أ - البنك : يقدم جزءاً من رأس المال المطلوب للمشروع بصفته مشاركاً ويتفق مع العميل (الشريك) على طريقة معينة لبيع حصته في رأس المال تدريجياً

---

(١) "أدوات الاستثمار الإسلامي" لعز الدين خوجة ص ١٥١.

ب - الشريك : **يقدم جزءاً من رأس المال المطلوب للمشروع، ويكون أميناً على ما في يده من أموال البنك.**

٢- نتائج المشروع:

* يتم العمل في المشروع من أجل تنمية المال، وقد يحقق المشروع نتائج إيجابية أو سلبية.

٣- توزيع الثروة الناتجة من المشروع:

أ - في حالة حدوث خسارة، فإنها تقسم على قدر حصة كل شريك.

ب - في حالة تحقق أرباح، فإنها توزع بين الطرفين (البنك والشريك) حسب الاتفاق .

٤- بيع البنك حصته في رأس المال:

أ - البنـك : يعبر عن استعداده- حسب الاتفاق- لبيع جزء معين من حصته في رأس المال

ب - الشريك : يدفع ثمن الجزء المبيع من حصة البنك وتنتقل إليه ملكية ذلك الجزء.

ملاحظة :

تتواصل هذه العملية إلى أن تنتهي مساهمة البنك في المشروع ، وذلـك بالتحويـل - علـى فترات - لكامل ملكية رأس المال إلى العميل الشريك، فيكون البنك قد حقق استرجاع أصـل مساهمته بالإضافة إلى ما نابه من أرباح خلال فترة مشاركته.

مجالات التطبيق :

تصلح المـشاركة المتناقـصة لتحويـل المنـشآت الـصناعية والزراعيـة والاسـتثمارية والمستشفيات وكل ما من شأنه أن يكون منتجاً للدخل المنتظم.

وتعتبر المشاركة المتناقصة الأسلوب الأمثل لكافة عمليات الاستثمار لما تحققه للبنـك مـن أرباح دورية على مدار السنة، وبما تحققه للشريك مـن تـوفير المـال والتـشجيع علـى الاستثمار الحلال وتحقيق الطموح بامتلاك المشروع على المدى المتوسط.

كما أنها تحقق للمجتمع تصحيح المسار الاقتصادي بتطوير أسـلوب المـشاركة الإيجـابي عِوضاً عن علاقة المديونية السلبية. وبالتالي فإنها تحقق العدالة في توزيع الناتج.

---

(١) "أدوات الاستثمار الإسلامي" لعز الدين خوجة ص ١٠٦-١٠٧.

ثامناً : تطبيقات على بحث الشركات :

١ - قاعدة : (الضرر لا يزال بالضرر)

أ - ذهب الحنفية إلى أنه إذا احتاج المال المشترك إلى النفقة سواء للتعمير أم لغيره كبناء ماتخرب وإصلاح ما وهى وإطعام الحيوانات ، ونشب النزاع بين الشركاء ، فأراد بعضهم الإنفاق وأبى الآخرون ، فإذا كان المال قابلاً للقسمة كالدار الفسيحة والحوانيت المعدة للاستغلال ، فلا إجبار على الممتنع ولكن يقسم المال ليقوم بإصلاح ماله والإنفاق عليه من شاء .

وإذا لم يكن المال المشترك قابلاً للقسمة كآلة ري أو سفينة ، أجبر الشريك على المشاركة في النفقة لتضرر الشريك فيه بعدم المشاركة في إصلاحه وترميمه .

- والمالكية يوافقون الحنفية موافقة تكاد تكون تامة ، ويزيدون أن الشريك إذا أصر على الامتناع ، فإن القاضي يبيع عليه حصته كلها لمن يقوم بالنفقة اللازمة . (١)

ب - جيران يملك كل منهم شقة في عمارة ، وهم شركاء في منافع العمارة ومنها المصعد فتعطل ، فعلى الجميع أن يشتركوا في إصلاحه ، فإذا رفض أحدهم يجبر على الدفع وإلا منع من استخدام المصعد .

ج - شركة مساهمة احتاجت إلى مواد أولية للتصنيع فلجأت إلى أحد البنوك للحصول على قرض بفائدة ٥% فإن لم تحصل الشركة على القرض تضررت ، فالضرر هنا لايزال بالضرر وهو ارتكاب المحرم شرعاً ويمكن أن تحصل على المواد بالمرابحة بدلاً عن ذلك .

د - احتاجت شركة ذات مسئولية محدودة إلى شراء آلة للتصنيع ولم يكن لديها المبلغ اللازم فلجأت للاقتراض بفائدة سنوية ٧% على مدى ثلاثة أعوام ، فالضرر لايزال بالضرر ، والأولى أن تحصل عليها بعملية الاستئجار المتناقص إسلامياً .

---

(١) [الموسوعة الفقهية - ضرر] .

٢- قاعدة : (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) :

اشترى رجل أسهماً في شركة مساهمة ثم تكبدت الشركة ديوناً نتيجة سوء الإدارة فطالب مدير الشركة هذا الشريك بنصيبه في هذه الديون فلاحق له في هذا الطلب لأن حامل الأسهم مسئوليته في حدود أسهمه لا أكثر فمجرد شراء سهم في شركة مساهمة يعطيه هذا الحق ، لأن الشركة لها شخصية اعتبارية منفصلة . والعبرة للمقاصد والمعاني ، فالسهم في الشركة المساهمة يعني تحديد المسئولية بحدود نسبة الأسهم ولايعني أنه شريك مسئول عن الديون إلا في حدود رأس ماله .

٣- قاعدة : (الغنم بالغرم) :

أ - تحققت خسارة في شركة تضامن ومسئولية الشركاء فيها غير محدودة فعلى كل شريك دفع نصيبه من الخسارة .

ب - أراد شريك في شركة تضامنية أن يتخارج ووجد مشترياً يشتري حصته بثمنها + ١٠% من الأرباح المحققة لهذا العام ، فعلم أحد الشركاء بذلك فعرض عليه نفس الثمن بدون أرباح السنة ، فليس له حق الشفعة لأن الربح المتحقق للمالك الأصلي نتيجة تحمله للخسارة لو وقعت ؛ لأن الغنم بالغرم ، فيسقط حق الشريك في الشفعة مالم يدفع المبلغ الذي عرضه المشتري الخارجي بالكامل .

ج - تقسم حاصلات الأموال المشتركة في شركة الملك بين أصحابها بنسبة حصصهم يعني إذا كانت حصص الشريكين متساوية أي مشتركة مناصفة فتقسم بالتساوي ، وإذا لم تكن متساوية بأن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان فتقسم الحاصلات على هذه النسبة ، لأن نفقات هذه الأموال هي بنسبة حصصهما وحاصلاتها أيضاً يجب أن تكون على هذه النسبة ؛ لأن الغنم بالغرم . (١)

د - لو كان عقار مشتركاً بين شركاء متعددين وكانت حصص الشركاء متفاوتة ، فيدفع كل شريك من الضريبة بنسبة مقدار حصته لأن الغرم بالغنم . (٢)

---

(١) [درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - الجزء الثالث - المادة (١٠٧٣)]

(٢) [درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - نفس المادة]

هـ - إذا احتاج الملك المشترك للتعمير والترميم فيعمره أصحابه بالاشتراك بنسبة حصصهم سواء كان الملك مشتركاً بين أكثر من مالك واحد أو مشتركاً بين مالك

ووقف أو كان قابلاً للقسمة كالدار الكبيرة ، أو غير قابل للقسمة كالحمام والبئر ، فإذا كان الوقف شريكاً في الملك فيدفع متولي الوقف حصة الوقف في المصرف بنسبة حصته .

إذاً فنفقات الأموال المشتركة تعود على الشركاء بنسبة حصصهم في تلـك الأمـوال حيث إن الغرم بالغنم . (١)

و - إذا أريد تعمير طريق خاص مشترك بين عشرة أشخاص فجميع مـصارف القطعـة العائدة لصاحب الحصة الواقعة في منتهى الأسفل حتى باب داره عائدة علـى جميـع الشركاء، وما بعد ذلك فتقسم على التسعة ، وبعد المرور عن دار الثاني فتقسم على الثمانية ثم على هذا المنوال، أما صاحب الحصة التي في منتهاه فعدا عن اشـتراكه في مصرف حصة كل واحد منهم يعمل حصته وحده ، فلذلك يكون مصرف صـاحب الحصة الواقعة في منتهى الطريق أزيد من جميعهم حيث إن الغرم بالغنم . (٢)

ز - شركة توصية بسيطة أفلست وترتب عليها ديون فعـاد الـدائنون علـى الـشركاء الموصين فلا حق لهم في ذلك لأن الشريك الوصي مسئول فـي حـدود رأس مالـه وعليهم العودة على المتضامنين .

٤- *قاعدة : (البقاء أسهل من الابتداء) :*

رغبت شركة مساهمة في رفع رأس مالها وقبل المساهمون مبدأ الزيـادة علـى أن تكون الحصص الجديدة محصورة بين الشركاء القدامى ، إلا أن بعض الـشركاء لـم يتمكن من دفع مايتوجب عليه ، فللآخرين حق شراء حصصهم لأن البقاء أسهل من الابتداء ولأن لهم حق الشفعة ولا تعطى لمشاركين جدد .

٥- *قاعدة : (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) :*

احتاجت شركة إلى مال لإجراء توسع في خطوط الانتاج وعرض عليها بنك تجـاري قرضاً بفائدة ٥% وحصلت على عرض من بنك إسلامي (تأجير منتهي بالتملك) ووجد أن التكلفة تزيد عن الـ ٥% فيؤخذ الخيار الثاني لأنه دفع لضرر الربا وهو الأشد .

---

(١) [درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - نفس المادة السابقة]

(٢) [درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - نفس المادة السابقة]

تاسعاً : تطبيقات معاصرة على بحث الشركات :

١- تم إبرام عقد مشاركة بين بيت التمويل وإحدى الشركات على أن تتكفل هذه الشركة بإدارة المشاركة وتسويقها والأسئلة كالتالي :

أولاً : هل يجوز شرعاً أن تطالب هذه الشركة بيت التمويل بفوائد خطاب الضمان (الكفالة المصرفية) الذي استصدرته من أحد البنوك علماً بأنها لم تخبر بيت التمويل بذلك ولم يتفق على ذلك في العقد المبرم معها حيث إنها يمكن أن تستصدر هذا الخطاب من بيت التمويل وبدون فوائد ؟

ثانياً : في حالة تأخر هذه الشركة عن تجديد مدة صلاحية بقاء البضاعة في الميناء هل يجوز شرعاً أن يتحمل بيت التمويل الغرامة المالية التي تنتج عن ذلك ؟ .

وقد أجابت الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي عن ذلك بالفتوى رقم (٢٠٦) جاء فيها :

لايجوز شرعاً أن تطالب الشركة بيت التمويل بفوائد خطاب الضمان وتتحمل الشركة وحدها غرامة التأخير لأنها هي التي تسببت في تأخير البضاعة بعدم تجديد مدة صلاحية بقاء البضاعة في الميناء ولبيت التمويل المبادرة بدفع مايتوجب على هذه الشركة لتسيير المعاملة ثم يرجع بما دفعه على الشركة .

٢- عند جرد البضاعة في مخازن الشريك سواء لأغراض المتابعة أو لأغراض عمل حساب ختامي للمشاركة قد نجد نقصاً في الكمية (لأي سبب من سرقة أو ضياع أو حريق) فمن يتحمل جميع ثمن النقص ؟

وأجابت الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي بالفتوىرقم (٢٢١) :

يكون على حساب المشاركة جميع التلف الحاصل بسبب سماوي لايد فيه لأحد الشركاء ولا لمتولي الإدارة منهم كالسرقة دون المقدرة على دفعها والضياع دون تسبب والحريق الغالب رغم الاحتياطات المعتادة .

ويرى الباحث أنه لو أبرم الشريك عقد تأمين تعاوني ضد السرقة والحريق ولم يتبع أساليب السلامة من طفايات حريق وخزائن محكمة الغلق لأن هذه الاجراءات من عرف التجار ، فإن لم يقم بذلك يعتبر مفرطاً وعليه الخسارة الناتجة لأن هذه الأمور من العرف التجاري وتنطبق عليها قاعدة (المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص) .

٣- أحد العملاء يمتلك مطحنة غلال غير مكتملة تقدم للبنك موضحاً بأن قيمة تلك

المطحنة لاتقل عن ١٢ مليون جنيه مثلاً ويطلب من البنك الدخول معه في شـراكة بدفع ٥ مليون جنيه لاستغلالها في إكمال تأسيس المطحنة وبذلك يحق للبنك تملـك نصف المطحنة المذكورة كشريك علماً بأن دفع مبلغ الخمسة مليون جنيه بواسـطة البنك يتم بأقساط شهرية مدتها ١٥ شهراً فإذا وافق البنك على ذلك أصبح بالتـالي متملكاً لثلث المطحنة . هل يجوز له بيع نصيبه هذا لشريكه إذا اتضح له بعد مدة ٥ أو ٦ أشهر مثلاً (أي قبل تكملة جميع الأقساط) أن ذلك يحقق مصلحة له ؟

وأجابت الهيئة الشرعية لبنك غرب السودان الإسلامي عن ذلك بالفتوى رقـم (٣٠) بأن :

الشراكة لاتتم إلا إذا كانت أموالها حاضرة عند العقد ولايجوز أن يكون رأس المـال ديناً أو مالاً غائباً حسب النصوص الشرعية ومادام البنك لم يدفع مال الشراكة بسداد أقساطه كاملة فلا يكون شريكاً وبالتالي لايجوز له أن يبيع نصيبه لأنه لايعتبر شرعاً شريكاً ونرى أن يتم العقد في هذه الحالة بعقد شراكة بين البنك وصاحب المطحنـة بأن يدفع كل منهما نصيبه نقداً أو بأقساط أو كما اتفق عليه ويوضع فـي حـساب الشراكة على أن تؤجر المطحنة بمبلغ يتفق عليه الطرفان ويمكن للبنك بعد ذلك أن يبيع نصيبه أو أن يأخذ نصيبه من الأرباح حـسب اتفـاق الطـرفين وأن يتحمـل الخسارة حسب نسبة المساهمة ويمكن أن تتم الشراكة بأن يدخل صاحب المطحنـة بقيمتها وما تبعها من آلات وغيرها ويكون نصيبه في الشراكة بحسب القيمة وللبنك أن يدخل معه في الشركة وبعد ذلك يكون البنك مالكاً في أصل المطحنـة وتوابعهـا وإذا صفيت الشراكة تقدر حسب السعر الجاري ويأخذ كل ذي حق حقه ويمكن للبنك أن يبيع نصيبه للشريك إذا دفع مال الشراكة حاضراً لا غائباً ولا دينا .

ويرى الباحث أن ملكية البنك قبل دفع الأقساط كانت معدومة ولم تنقل إليـه ملكيـة سوى مادفع ثمنه والأجزاء التي لم يدفع ثمنها لم يتملكها وقيام البنك بالبيع من قبل التصرف في ملك الغير والقاعدة الفقهية تقول : (الأمر بالتصرف في ملـك الغيـر باطل) .

٤- تلقى البنك عرضاً من أحد بيوت التمويل الأوربية يتلخص في الآتي :

أولاً : تقوم بعض البنوك التجارية في المملكة العربية السعودية باستيراد بضائع من أمريكا

تدفع قيمتها بموجب اعتمادات مستندية عند تقديم مستندات الشحن أي بعد تمام تصدير البضائع .

ثانياً : يرغب بيت التمويل الأوربي مشاركة البنك في تدبير مبلغ من المال يدفع للمصدر الأمريكي في فترة تجهيز البضاعة للحصول على سعر أقل من السعر المتفق عليه مع المستورد السعودي ويتم اقتسام الربح الناتج من العملية بين البنك وبيت التمويل الأوربي ؟

وقد ورد الجواب من الهيئة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري بالفتوى رقم (٧) والتي تنص على :

تبينت الهيئة أن البنك يشترك مع بعض بيوت التمويل في بعض عمليات التجارة الخارجية التي يستوردها ويسدد ثمنها معجلاً ويتقاسم مع شريكه في التمويل الربح أو الخسارة التي تنجم لا قدر ا سوياً وترى الهيئة أن المعاملة مادامت على أساس البيع والشراء بالمشاركة في التمويل والمشاركة في الربح والخسارة بنسبة رأس مال كل فهي جائزة مادام الاتجار في سلع حلال .

ويرى الباحث أن المسألة تنطبق عليها القاعدة الفقهية : (الأمور بمقاصدها) و (الأصل في العقود الصحة) .

٥- شريكان في مصنع واحد تقدم أحدهما بطلب باسم المصنع يطلب فيه من البنك الدخول معه في عملية مرابحة لشراء مواد خام لمصنعهما فهل يجوز للشريك الآخر أن يكون ضامناً لهذه العملية علماً بأن البنك لا يعلم حدود الشراكة أو صيغتها ؟

وردت الهيئة الشرعية لبنك غرب السودان أن :

الشريك لايصح أن يكون ضامناً لشريكه فيما هو من شراكتهما وعليه فلا يصح أن يضمن الشريك في هذه العملية شريكه (فتوى رقم ١٢) .

ويرى الباحث أن الشريك ضامن للشركة ، والشركة ذات شخصية اعتبارية منفصلة عن الشركاء فله أن يضمنها وضمانه منصب على العملية وليس الشريك الآخر وقد جرى في عرف التجار أن يضمن الشريك وقد اطردت العادة والقاعدة الفقهية تقول : (تعتبر العادات إذا اطردت أو غلبت) .

٦- هل يجوز تحويل حصة الشريك في المشاركة وحصة رب المال في المضاربة إلى دين على الطرف الآخر نظير تعويض بنك إسلامي له مع إحدى الشركات مشاركات

ومضاربات وطلب هذا البنك من الشركة تحويل حصته في المشاركات والمضاربات إلى دين على الشركة تسدده مع إضافة تعويض عن التأخير في السداد فهل يجوز تحويل حصة الشريك في المشاركة ورب المال في المضاربة إلى دين في ذمة الطرف الآخر وإن جاز ذلك فهل يجوز إضافة زيادة إلى قيمة الدين وتسمية هذه الزيادة "عوض تأخير" ؟

وقد صدرت الفتوى رقم (٧٧) من هيئة الرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي جاء فيها :
تحويل رأس مال المشاركات والمضاربات إلى دين محدد يسدد وفقاً لجدول زمني معين جائز شرعاً برضاء الطرفين وحسبما يتفقان عليه بعد سداد الديون وتحديد الأرباح والخسائر وصافي حصة كل شريك غير أنه لايجوز شرعاً في هذه الحالة إضافة أي عوض تأخير مقابل أجل السداد لأن هذا العوض في حقيقته زيادة على الدين الثابت في الذمة وهي عين الربا المحرم بالكتاب والسنة والإجماع .
ويرى الباحث أن القاعدة الفقهية التي تنطبق في هذه الحالة هي (الأصل في الأموال الربوية التحريم) .

٧- هل يجوز أن يكون الشريك في الشركة أجيراً فيها ؟
وقد ورد الجواب من الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي في الفتوى رقم (٣٣) جاء فيها :
ذهب الشافعية والمالكية وزفر من الحنفية أنه لايجوز تفضيل أحد الشركاء على الآخرين سواء أكانت المفاضلة بنسبة مئوية أم بمرتب مقطوع وذهب الحنفية سوى زفر والحنابلة إلى جواز تفضيل الشريك العامل في الشركة بنسبة مئوية متفق عليها ولم أعلم أحداً من الفقهاء أجاز تفضيل العامل بمرتب مقطوع واتفق الكل على أنه يجوز تعيين عامل أجنبي للشركة بمرتب مقطوع أو نسبة مئوية متفق عليها .
والذي أراه أنه يجوز إعطاء الشريك العامل بالشركة مرتباً مقطوعاً أو نسبة مئوية وذلك لأن الشركات الآن تمثل شخصاً معنوياً (اعتبارياً) والشريك العامل له صفتان : صفة أنه شريك وبهذه الصفة يتحمل نصيبه من المكسب والخسارة وصفة ثانية أنه أجير خاص له أجر متفق عليه ممن يمثل الشركة لاسيما إذا اتفق على راتبه المقطوع أو غير المقطوع أمام الجمعية العامة للمساهمين .

ومما يؤكد هذا في نظري أن جميع الفقهاء أجازوا إعطاء العامل غير الشريك أجراً في نظير عمله ، ولا شك أن الشريك العامل بالشركة أحرص من الأجنبي العامل بها فلا

يستساغ أن نعطي للأجنبي ما ليس للشريك الذي سيكون أحرص على مصالح الـشركة من الأجنبي ومنع الفقهاء إعطاء الشريك أجراً أو مرتباً مقطوعـاً حجـتهم فيـه أنهـم اعتبروه مضارباً والمضارب لا يأخذ أجراً إلا حصته المتفق عليها في العقد ولكن لـيس الوضع كذلك في الشركات المعاصرة لأن الفقهاء القدامى لم يكونوا يعتبـرون الـشركة شخصاً اعتبارياً لأنه ماكانوا يتصورون أن يبلغ الشركاء العدد الهائل من المساهمين في الشركات المعاصرة .

ومبدأ أن يكون للشركة شخصية اعتبارية مبدأ تقره الشريعة الإسلامية في الجملة فـإن الدول لها ذمة خاصة تكون دائنة ومدينة وكذلك المسجد يجوز الوقـف عليـه والوقـف مطلقاً يعتبر شخصية اعتبارية ولهذا فإن تصرفات الناظر على الوقف تكون علـى ذمـة الوقف لا على ذمته الخاصة وان كان الفقهاء لم يسموا هذا النوع شخصية اعتبارية .

ويرى الباحث أنه لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان وليس في عمل الشريك ضرر ، فـلا ضرر ولا ضرار ولأن منع تقاضي المضارب مرتباً يعتبر مانعاً في حالة المضاربة فقـط أما في الشركات فلايكون الشريك مضارباً ، والقاعدة الفقهية تقول : (إذا زال المانع عاد الممنوع).

البنوك والمؤسسات الإسلامية

الفصل الأول : المرابحة

الفصل الثاني : المضاربة

الفصل الثالث : بيع السلم

الفصل الرابع : الاستصناع

الفصل الخامس : المزارعة

الفصل السادس : الإجارة

الفصل السابع : أساليب التمويل المطورة

الباب الخامس

البنوك والمؤسسات الإسلامية

- مقدمــــة .
- البنوك الإسلامية المعاصرة .
  ١- أسلوب التعامل فيها .
  ٢- مصادر الأموال فيها .
  ٣- مجالات استثمار أموالها .
  ٤- أساليب التمويل قصيرة الأجل فيها :
    أ - بيع المرابحة للآمر بالشراء .
    ب - المضاربة بصفة محددة .
    ج - المشاركة المتناقصة .
    د- المشاركة المنتهية بالتمليك .

[ففرتي ج ، د سبق التفصيل في هذا الأسلوب في بحث الشركات في الفصل الثاني من الباب الرابـع ، فيراجـع هناك] .

  ٥- أساليب التمويل طويلة الأجل فيها :
    أ - السلم
    ب - الاستصناع
    ج - المزارعة .
    د- الإجارة

– الفصل الأول : المرابحة :

أ - تعريفها
ب - أقسامها : مرابحة عادية - مرابحة بالوعد .
ج - مشروعيتها .
د - شروط عقد المرابحة
هـ - التأمين على السلعة المبيعة مرابحة
و- تخفيض الربح في حالة السداد المبكر
ز - مجالات التطبيق .

ح- الخطوات العملية لبيع المرابحة : (تحديد المشتري لحاجاته - توفيع الوعد بالشراء - عقد البيع الأول - تسليم وتسلم السلعة - عقد بيع المرابحة)

ط - تطبيقات على بحث المرابحة .

– الفصل الثاني : المضاربة :

أ - تعريفها : لغة - شرعاً .

ب - مشروعيتها .

ج - صفتها .

د - ركنها .

هـ - شروط عقد المضاربة : (شروط رب المال - شروط المضارب - شروط رأس المال - الشروط المتعلقة بربح المضاربة - الشروط المفسدة لعقد المضاربة)

و - حكم المضاربة الفاسدة .

ز - أقسام المضاربة :

أولاً : من حيث العمل : مطلقة - مقيدة .

ثانياً : معتادة - مطلقة مع تفويض عام - مطلقة مع إذن صريح .

(المضاربة المقيدة) :

أ - تقييد نوع العمل .

ب - تقييد من يعاملهم المضارب

ج - تقييد الزمان .

د - تقييد المكان .

ثالثاً : المضاربة الثنائية - المضاربة المشتركة الجماعية .

ح - حكم المضاربة .

ط - نفقات المضارب .

ي - انتهاء المضاربة :

أولاً : أسباب إرادية .

ثانياً : أسباب قهرية : (وفاة رب المال أو العامل - فقدان الأهلية لأحد العاقدين - هلاك رأس المال) .

ك - مسألة الشروط .

ل - مجالات التطبيق .

- تطبيقات على بحث المضاربة :

١- قاعدة : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني .

٢- قاعدة : الغنم بالغرم .

– الفصل الثالث : بيع السلم :

أ - تعريفه .

ب - مشروعيته وحكمته .

ج - الحكمة من مشروعيته .

د - أركانه .

هـ - شروط العقد .

و - شروط رأس المال .

ز - شروط المسلم فيه .

ح - مايجوز السلم فيه وما لايجوز

ط - حكم السلم وآثاره .

ي - مجالات تطبيقه .

ك - تطبيقات معاصرة على السلم .

– الفصل الرابع : الاستصناع :

أ - تعريفه .

ب - صورته .

ج - مشروعيته .

د - التكييف الشرعي له .

هـ - أركان عقد الاستصناع .

و - شروط الاستصناع .

ز - حكم عقد الاستصناع .

ح - صفته .

ط - الشرط الجزائي في عقد الاستصناع (قرار المجمع الفقهي في الشرط الجزائي)

ي - غرامات التأخير وتناسبها مع الضرر الفعلي .

ك - مجالات تطبيقه .

– الفصل السابع : أساليب التمويل المطورة في البنوك الإسلامية :

المبحث الأول : صكوك الاستثمار مخصصة الغرض (سندات المقارضة)

- أحكام عامة لسندات المقارضة .

المبحث الثاني : صناديق الاستثمار مخصصة الغرض .

- تطبيقات .

المبحث الثالث : التمويل بأسلوب المساهمة المتناقصة .

- تطبيقات .

المبحث الرابع : استخدام النمر في تمويل رأس المال العامل .

- تطبيقات .

التخارج في الحسابات الاستثمارية والصناديق وحسابات الأرباح .

البنوك والمؤسسات الإسلامية

مقدمة :

ابتلي المجتمع الإسلامي زمناً طويلاً بالبنوك التجارية التي يقوم محور عملها على الفائدة المحرمة سواء في تلقي الأموال أو في إعادة إقراضها كما هو واضح من الفصول السابقة .

ومنذ عشرين عاماً نشط العلماء المتخصصون في فقه المعاملات مع مجموعة من رجال الأعمال لوضع بديل إسلامي للبنوك التجارية .

ووجود البنوك ضرورة اقتصادية تنموية لتجميع المدخرات من جميع فئات المسلمين أغنياء وفقراء لأن المتمسكين بتعاليم الدين كانوا بين أمرين : إما التعامل مع البنوك ذات الفوائد على مافيها من حرمة ، أو اكتناز الأموال وهو منهي عنه شرعاً ، لأن ظروفهم لم تكن تسمح لهم بالتفرغ للعمل التجاري مباشرة ، فنشأت فكرة البنوك الإسلامية لسد هذه الثغرة تدريجياً .

فكيفت طريقة عمل البنك الإسلامي في الأساس على المضاربة ، واجتهد الفقهاء في هذا الباب اجتهادات جماعية ، كانت فتحاً عظيماً في إيجاد البديل ، فأصبح البنك يلعب دور المضارب والوكيل ، وأصبح المودعون هم أرباب المال ، فطورت فكرة المضاربة من كونها أساساً بين رب مال واحد ومضارب واحد إلى أرباب أموال متعددين والبنك هو المضارب .

ويلعب البنك بعد أن يتلقى هذه الأموال دور رب المال لكون المال إما من رأس مال البنك أو من أموال المستثمرين الذين وكلوه وكالة مطلقة أو مضاربة غير مقيدة ، فتندمج أموال المودعين وأموال البنك في وعاء واحد في حالة المضاربة غير المقيدة ، ويكون للبنك حرية التصرف في استثمار الأموال بالطرق الإسلامية التي سيرد بيانها لاحقاً في هذا الباب

ثم تدرجت الممارسة إلى تنفيذ مضاربات مقيدة بمعنى أن يحدد المضارب النشاط الاقتصادي الذي يرغب المشاركة فيه ، فيلتزم البنك بالشروط التي يرغبها المضارب والتي يسمح بها والمنصوص عليها في نشرة الإصدار ، كأن ينشىء صندوقاً خاصاً لعمليات التأجير ويحدد الدولة التي سيعمل فيها ونوع العملة ويبرز للمستثمر نتائج

دراسته عن جدوى هذا الصندوق والأرباح المتوقعة من غير التزام بها ، فتقـع علـى عاتق البنك مهمة اتقان العمل بالوسائل العلمية الحديثة سواء في حسن اختيار العمليات التي يستثمر فيها وحسن القائمين عليها ومعدلات خطورتها لتجنيب أربـاب الأمـوال أيـة خطورة قد تنشأ نتيجة التقصير أو التعدي ، ففي هذه الحالـة يكـون البنـك مـضارباً تجـاه المستثمرين ورب مال أمام الراغبين في التمويل والمشاركة .

وقد أبدع الفقهاء في استنباط الحلول للمشاكل المتوقعة بمـا يتوافـق مـع الـشريعة الإسلامية ، كان مردها إلى الاجتهاد الجماعي للعلماء والذي حل فـي عـصرنا محـل الاجتهاد الفردي المطلق.

والتزمت البنوك الإسلامية بتكوين هيئة فتوى شرعية في كل منهـا ، وتعـرض علـى الهيئة العمليات وتكييفها وعقودها للتأكد من سلامة هذه العمليات من الناحية الشرعية ، فأصبحت مهمة الاقتصاديين في البنك هي تصوير العملية التمويلية تصويراً فقهياً أمينـاً للفقيه لأن الحكم فرع عن التصور .

ونشطت هذه الهيئات الشرعية المختلفة في إقامة لجان فتوى أكبـر تعقـد اجتماعاتهـا بصفة دورية سنوياً لتبادل الآراء بين البنوك ثم تطبع نتائج ندواتها التي يتوصلون فيها إلى آراء فقهية بالإجماع أو الأغلبية لتعم فائدتها جميع المسلمين .
ولصدق النوايا والرغبة في تجنب الحرام بارك ا لهذه البنوك حتـى تعـدت الأمـوال الواقعة تحت إدارة هذه البنوك (١٥٠ بليون دولار) في مختلـف الـدول الإسـلامية ، تستثمر لدعم التنمية في هذه الدول .

وللدلالة على نجاحها بدأت جل البنوك التجارية تعتمد أساليب التمويل الإسلامية بـل إن بعضها بنوك غربية اقتنعت بالفكرة ليس من قبيل التدين لأنهم ليسوا مسلمين ولكن من قبيل أن الفقه الإسلامي قابل للتطبيق ولاستيعاب المستجدات العصرية ، وحـق لهـؤلاء الفقهاء ورجال الأعمال أن يفتخروا بطرح البديل الإسلامي لمعاملات البنوك ، كما نجحوا سابقاً في شركات التأمين الإسلامية القائمة على التأمين التعاوني ، ومازالت الاجتهادات مستمرة ، والندوات مستمرة حتى يأتي اليوم الذي يكتمل فيه البناء .

(أسلوب التعامل فيها - مصادرها - مجالات الاستثمار فيها - أساليب التمويل فيها) .

١ - أسلوب التعامل في البنوك الإسلامية :

تنقسم البنوك الإسلامية الحالية في أسلوب تعاملها البنكي إلى مجموعتين لكل مجموعة طابعها المميز ، فالمجموعة الأولى ، يغلب عليها العمل الاستثماري فهي بنوك استثمار ، مثل المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية والذي أنشىء في القاهرة عام ١٩٨٠م، ودار المال الإسلامي والتي أنشئت عام ١٩٨١م ، وتهدف إلى إنشاء مؤسسات مالية إسلامية ، والشركة الإسلامية والتي أنشئت عام ١٩٨١م ، وتهدف إلى إنشاء مؤسسات مالية إسلامية ،

والشركة الإسلامية للاستثمار الخليجي بالشارقة والتي تقوم بطرح صكوك استثمار أما المجموعة الثانية فهي المجموعة البنكية التي تمارس العمل البنكي العادي من حيث توفير الخدمات البنكية التي يحتاج إليها التاجر مثل قبول الودائع الجارية وفتح الحسابات الاستثمارية التي يستحق المودعون فيها نصيباً من أرباح الاستثمار حسب قدر الوديعة ومدتها . من أهمها بنك فيصل الإسلامي المصري والسوداني ، وبيت التمويل الكويتي والبنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار وبنك دبي الإسلامي .

٢- مصادر الأموال فيها :

تتمثل مصادر أموال هذا البنك فيما يلي :

أ - حسابات الادخار ، ويحدد الحد الأدنى للإيداع فيها والسحب منها ، ولا يمنح البنك أية فائدة على هذه الودائع .

ب - حسابات الاستثمار ، ويحدد الحد الأدنى للإيداع في هذا الحساب ومقدار السحب السنوي المسموح به وتكون مشاركة المودعين في هذا الحساب مع البنك حسب حجم ودائعهم لديه ومدة بقائها في البنك ، وتوزع عائدات الاستثمار تبعاً لذلك .

ج - صندوق الخدمة الاجتماعية : وموارد هذا الصندوق من التبرعات والصدقات والمساهمات الفردية ، ويساهم هذا الصندوق في التعويض عن الكوارث التي يتعرض لها المودعون كتأمين لهم .

٣- مجالات استثمار الأموال فيها :

أ - قروض غير استثمارية ، ويقوم المقترض برد القرض دون أية فوائد ، وتكـون هذه القروض مقتصرة على استخدامات المودعين فقط .

ب - قروض استثمارية بالمشاركة ، حيث يرد المبلغ مضافاً إليه نسبة من الأرباح التي تحققت من القرض المستثمر خلال مدة استثماره مراعياً قاعدة (الغنم بالغرم) .

٤- أساليب التمويل قصيرة الأجل في هذه البنوك :

أ - بيع المرابحة للأمر بالشراء بديلاً لخصم الكمبيالات ، حيث يقـوم البنـك بـدور المشتري أولاً ويتحمل مسئولية مخاطرات الشراء ، ثم يقوم بعـد ذلـك بـالبيع متحملاً مخاطر البيع من جديد .

ب - المضاربة بصفقة محددة : ويقوم البنك بتمويل عميل بمبلغ محدد وليستثمره فـي صفقة معينة محددة في عقد المضاربة مع البنك .

ج - المشاركة المتناقصة : يستخدم مع العملاء الذين يملكون قطع أراضي ويرغبـون في استثمارها بمشروع سكني أو تجاري ، فيتولى البنك عمليـة التمويـل لهـذا المشروع ، وتقسم إيرادات المشروع بين البنك ومالك الأرض بنـسبة معينـة ، ويقوم المالك بسداد التمويل الذي حصل عليه من البنك من إيراداته ، ويبقى البنك شريكاً إلى أن يستكمل المالك سداد جميع أقساطه وعنـدها يخـرج البنـك مـن الشراكة.

د - المشاركة المنتهية بالتمليك : يقوم البنك بـشراء الأصـول والمعـدات اللازمـة للمشروع ويقوم المستثمر بإدارة العمل والمشروع ، ويدفع البنك نسبة من الدخل للمستثمر مقابل قيامه بالعمل ، وتخصص نسبة من الدخل للبنك كعائد استثماري ، ويخصص جزء من الدخل الناتج لسداد رأس المال وعندما تصبح هـذه المبـالغ موازية لرأس المال المدفوع يتنازل البنك عن ملكيته لصالح المستثمر الشريك .

٥- أساليب التمويل طويلة الأجل فيها :

أ - السلم .

ب - الاستصناع .

ج - المزارعة .

د - الإجارة .

الفصل الأول

المرابحة

أ - تعريف المرابحة :

من الناحية الفقهية يعتبر بيع المرابحة أحد أنواع البيع المطلق (بيع العين بالثمن) الذي ينقسم إلى أربعة أنواع هي:

١- بيع السلعة بثمن متفق عليه دون النظر إلى ثمنها الأول الذي اشتراها به، ويسمى بيع المساومة.

٢- والنوع الثاني: هو بيع التولية، وهو بيع السلعة بمثل ثمنها الأول الذي اشتراها البائع به من غير نقص ولا زيادة.

٣- والنوع الثالث: هو بيع الوضيعة ويعني بيع السلعة بمثل ثمنها الأول الذي اشتراها البائع به مع وضع مبلغ معلوم من الثمن.

٤- أما النوع الرابع والأخير: فهو بيع المرابحة وهو بيع السلعة بمثل الثمن الأول الذي اشتراها البائع مع زيادة ربح معلوم متفق عليه.

والأنواع الثلاثة الأخيرة تسمى "بيوع الأمانة" (١).

وتعرف المرابحة في التطبيق المصرفي، بأنها: عقد بمقتضاه يبدي العميل رغبته في شراء معدات، أو سلع طالباً من البنك شراء هذه المعدات، أو السلع ثم بيعها بسعر التكلفة إضافة إلى نسبة ربح يتفق عليها الطرفان، كما يتفقان على شروط وآجال سداد المبالغ (٢).

ب - أقسامها :

يمكن تقسيم المرابحة إلى قسمين :

<u>الأول :</u> "بيع المرابحة العادية وهي التي تتكون من طرفين هما البائع والمشتري، حيث يمتهن فيها البائع التجارة فيشتري السلع دون الحاجة إلى الاعتماد على وعد مسبق بشرائها، ثم يعرضها بعد ذلك للبيع بثمن وربح يتفق عليه.

---

(١) نظرة إسلامية لأهم القضايا الاقتصادية المعاصرة - لعمر عبدا كامل - تحت الطبع .

(٢) "الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية" لأبي غدة ص ١٩، "بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية" لمحمد الأشقر ص ٥.

النوع الثاني : "بيع المرابحة بالوعد" وهي التي تتكون من ثلاثة أطراف : البائع والمشتري والبنك. والبنك لا يشتري السلع هنا إلا بعد تحديد المشتري لرغباته ووجود وعد مسبق بالشراء.

ويستخدم أسلوب بيع المرابحة المقترحة بالوعد في البنوك الإسلامية التي تقوم بشراء السلع حسب المواصفات التي يطلبها العميل ثم إعادة بيعها مرابحة للواعد بالشراء أي بثمنها الأول مع التكلفة المعتبرة شرعاً بالإضافة إلى هامش ربح متفق سلفاً بين الطرفين- إلا أنه يؤخذ على البنوك الآن أنها لا تتولى القبض الفعلي للسلعة قبل بيعها للزبون، لذلك اقترح إنشاء شركات وساطة تتولى البيع والقبض نيابة عن البنوك حتى لا تكون المرابحة صورية وحتى يكون هنالك جهد مبذول يبرر الزيادة في الثمن - .

وعقد المرابحة يتيح للتجار الحصول على تمويل للسلع بربح محدود، بحيث يتمكنون من تسويق ما اشتروه لتحقيق ربح لهم، وهو غير بيع المساومة الذي لا يعرف فيه التاجر مقدار الربح للبائع، وقد يكون معروفاً لكنه لم يعتمد أساساً للتعاقد.

ج - مشروعية المرابحة :

والواقع أن مشروعية المرابحة تتضح في قوله تعالى: {ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم فإذا أفضتم من عرفات فاذكروا ا عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم وإن كنتم من قبله لمن الضالين} [البقرة ١٩٨] ذلك أن المرابحة تمثل ابتغاء للفضل، أي الزيادة، كما أنها تدخل في عموم عقود البيع المشروعة لقوله تعالى: {وأحل ا البيع} [البقرة: ١٢٧] .

كما أجاز الرسول ﷺ بيع السلعة بأكثر من رأس المال في قوله ﷺ : "إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم". (١) .

أيضاً هناك فتوى صادرة عن مؤتمر المصارف الإسلامية الثاني تقول: (إن المواعدة على بيع المرابحة للآمر بالشراء، بعد تملك السلعة المشتراة وحيازتها ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور في الوعد السابقة هو أمر جائز شرعاً طالما كانت تقع على المصرف مسؤولية الهلاك قبل التسليم، وتبعة الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفي، أما بالنسبة للوعد وكونه ملزماً للآمر بالشراء أو المصرف أو كليهما فإن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعاً وكل مصرف مخير في الأخذ بما يراه في مسألة القول بالإلزام حسب ما تراه هيئة الرقابة الشرعية لديه (٢)).

---

(١) أخرجه مسلم برقم ١٥٨٧.

(٢) نقلت الفتوى عن كتاب "أدوات الإستثمار- الإسلامي" لعز الدين خوجة ص ٣٣.

د - شروط عقد المرابحة :

ويختص عقد المرابحة بالشروط التالية:

١- علم المشتري بالثمن الأول للسلعة بما في ذلك المصروفات المعتبرة لأنها من بيوع الأمانة القائمة على صحة الإخبار من البائع فيتم الشراء منه بناء على الثمن الذي اشترى به وأخبر عنه .

٢- أن يكون الربح معلوما . لأن عقد المرابحة لا يقوم إلا على زيادة معلومـة علـى الثمن الأول.

٣- أن يكون العقد الأول صحيحاً:

لأن المرابحة ما بين المشتري والبنك أو البائع تقوم على العقد الأول الذي تـسبب في ملكية البنك، أو البائع للسلعة فإذا كان سبب التملك الأول غير شرعي لم تصح المرابحة لكون ما يبنى على الباطل باطل مثله.

وفي التطبيق العملي للبنوك حدثت بعض الإضافات مثل من يتحمل تكاليف التـأمين المشتري أم البنك ؟ والمقصود هو التأمين التعاوني فرأي الفقهـاء يتـولى البنـك جميع المصاريف المتعلقة بالسلعة ثم يضاف عليها ربح البنك .

هـ - التأمين على السلعة المبيعة مرابحة

أصدرت هيئة الفتاوى والرقابة الشرعية لبنك دبـي الإسلامي فتوى رقم (٢١) جاء فيها :

(يجوز للبنك إجراء التأمين على السلع المباعة للمتعاملين معه على أن تـضاف قيمـة التأمين إلى التكاليف) ورأت الهيئة عدم قيام العميل بـاجراء التـأمين علـى الـسلع المستوردة في عمليات المرابحة وإنما يقوم المصرف بهذا الاجراء باعتباره مسئولاً عن القيام بتدبير السلعة للعميل وتحمل المخاطر المترتبة على ذلك .

كما أصدرت هيئـة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي فتوى بجواز قيام المصرف بالتأمين على السيارات المباعة مرابحة لعملائه بشرط أن يحـسب التعـويض لحـساب العميل المشتري . (١)

فالضرر سيقع على المشتري ولأن ملكية منفعة الأصل انتقلت للمشتري بينمـا الملكيـة مازالت للبنك للتسهيل على الطرفين وتقليل المخاطر .

١- فتاوى المرابحة - جمع وتصنيف د. أحمد محي الدين أحمد - دله البركة - ص٢١٩ - ٢٢٠)

و - تخفيض الربح في حالة السداد المبكر :

أقرت الفتاوى المعاصرة بجواز أن يخصم البنك جزءاً من الثمن عند تعجيـل المـشتري سداد التزاماته بشرط ألا يكون ذلك متفقاً عليه في العقد ، فيقوم البند على ذلك الأساس بإعادة حساب هامش الربح وتخفيضه في حال تعجيل المشتري سداد مديونيته. (مجمـع الفقه الإسلامي ، الهيئة الشرعية الموحدة للبركة) .

واشترطت فتوى (بيت التمويل الكويتي) لجواز هذا التخفيض أن يكون بإرادة منفردة من الدائن دون شرط ملفوظ أو ملحوظ .

بينما لم تمنع فتوى (المصرف الإسلامي الدولي بالقاهرة) من قيام البنك باقتراح سياسة عامة تطبق في كل حالات السداد المبكر دون اتفاق مع العملاء على ذلك ، ولامانع مـن إعلام العملاء بهذه السياسة مسبقاً .

والمستند الشرعي لهذه الفتاوى : أمر النبي صلى ا عليه وسلم لبني النضير لما أراد أن يجليهم عن المدينة أن يضعوا ويتعجلوا . (١)

وسبب هذه الفتوى هو الاختلاف بين البنوك التجارية والإسلامية ، فـالبنوك التجاريـة تعتمد على الفائدة التي تتراكم حسب الزمن وربما تصل إلى الفائدة المركبة وذلك بخلاف المرابحة لأن سعرها محدد سلفاً ولا يمكن زيادته حتى في حالة التأخير عـن الـسداد ، وقد أجازت اللجان الشرعية الحطيطة لترغيب الراغبين فـي الـسداد المبكـر دون أن يشترط ذلك في العقد.

ز - مجالات التطبيق:

والواقع أن صيغة التمويل بالمرابحة تعتبر من أكثر صيغ التمويل استعمالاً في البنـوك الإسلامية وهي تصلح للقيام بتمويل جزئي لأنشطة العمـلاء الـصناعية والتجاريـة أو غيرها، وتمكنهم من الحصول على السلع المنتجة والمواد الخام أو الآلات والمعدات من داخل القطر أو من خارجه (الاستيراد).

١-الدليل الشرعي للمرابحة - إعداد : عز الدين خوجة - دلة البركة - ٢٨٧) .

الخطوات العملية لبيع المرابحة : (١)

١- تحديد المشتري لحاجياته :

*** المشتري يحدد مواصفات السلعة التي يريدها ويطلب من البائع أن يحدد ثمنها..**

*** البائع : يرسل فاتورة عرض أسعار محددة بوقت.**

٢- توقيع الوعد بالشراء:

*** المشتري:** يعد بشراء السلعة من البنك مرابحة بتكلفتها زائد الربح المتفق عليه.

*** البنك** يدرس الطلب ويحدد الشروط والضمانات للموافقة.

٣- عقد البيع الأول:

*** البنك** يعبّر للبائع عن موافقته على شراء السلعة، ويدفع الثمن حالاً أو حسب الاتفاق.

*** البائع** يعبر عن موافقته على البيع ويرسل فاتورة البيع.

٤- تسليم وتسلم السلعة:

*** البنك :** يوكل المستفيد بتسلم السلعة ، وهنا يرى الباحث أن يوكل البنك شركة متخصصة في الاستلام بدلاً من أن يوكل المشتري المستفيد .

*** البائع :** يرسل السلعة إلى مكان التسليم المتفق عليه.

*** المشتري :** يتولى تسلم السلعة بصفته وكيلاً ويشعر البنك بتنفيذه الوكالة.

ويرى الباحث أن توكيل المشتري في تسلم السلعة نيابة عن البنك يجعل هذا الأمر شبيهاً بالحيلة فلو توسط البائع بينهما أو توسطت الشركة المقترح تكوينها لكان أولى

٥- عقد بيع المرابحة:

*** يوقع الطرفان (المشتري، والبنك) عقد المرابحة حسب الاتفاق في وعد الشراء.**

---

(١) كتاب أدوات الاستثمار الإسلامي لعز الدين خوجة ص ٣٠-٣١.

للتوسع في مجال المرابحة تُنظر المراجع التالية :

- "بيع المرابحة في المصارف الإسلامية" فياض عبدالمنعم حسنين ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي - القاهرة ١٩٩٦
- "المرابحة أصولها وأحكامها وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية" أحمد علي عبدا ، الدار السودانية - الخرطوم ، ١٩٨٧
- "بيع المرابحة في البنوك الإسلامية بين الحل والحرمة" يحيى اسماعيل عيد .
- "بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية" أحمد عبدا ملحم ، مكتبة الرسالة الحديثة - عمان : ط١ ، ١٤١٠ - ١٩٨٩

ط – تطبيقات على بحث المرابحة :

١- إذا اشترى شيئاً بنسيئة فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين أنه اشتراه

بنسيئة ، لأن بيع المرابحة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وجناية ، ويتحرز فيه من كل كذب وفي معاريف الكلام شبهة فلا يجوز استعمالها في بيع المرابحة ، ثم الإنسان في العادة يشتري الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشتري بالنقد ، فإذا أطلق الإخبار بالشراء فإنما يفهم السامع من الشراء بالنقد فكان من هذا الوجه كالمخبر بأكثر مما اشترى به .

فمثلاً لو اشترى البنك السلعة بالتقسيط وسعر التقسيط أعلى من البيع المباشر فلابد أن يخير المشتري لأن البنك لم يدفع الثمن كله وهذا يخفض من قيمة ربـح البنـك الذي يضعه على السلعة ، فالغنم بالغرم ، ولأن شروط المرابحة تقتضي الافـصاح لأنه من بيوع الأمانة لزم الاخبار حسماً للمنازعة .

ومن وجوه المرابحة :

أن يبين جميع مالزمه مما يحسب أو لا يحسب مفصلاً ومجملاً ، ويـشترط ضـرب الربح على الجميع ، أو على جزء مثلاً بحيث يضع الربح على ثمن السلعة ، أمـا أجور النقل فبتكلفتها وكذلك التأمين وغيرها فلا يوضع عليها ربح أو يشترط ثمـن السلعة زائداً إجمالي المصاريف ثم يجعل الربح عليها فالحكم للشروط المتفق عليها.

ولو إن اشترى البنك المبيع بألف نسيئة وباع بربح مائة بلا بيان ، خير المشتري إذا علم بذلك مالم يحدث في المبيع عيب .

٢- ما الرأي الشرعي في طريقة احتساب ثمن البيع في بيع المرابحة ؟

إن الأصل في بيع المرابحة مراعاة الأمانة بكل ماتحمله هـذه الكلمـة فـإن كـان الاشتراط على أن يزاد على السعر الأصلي فلا بد أن يعلم المشتري (العميل) بالثمن الذي اشترى به حقيقة ، وإن كان الاتفاق أن تكون الزيادة علـى الـسعر الأصـلي والمصاريف فللبنك أن يضيف المصاريف التي تعارف التجار علـى إضـافتها إلـى الأثمان كمصاريف التخزين والحمل وغير ذلك ، ولا يقول اشتريتها بكذا ولكن يقول وقفت على البنك بكذا لأن :

(المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط) وهذا ماجاء في الفتـوى رقـم (١) الواردة في (كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية - الأجزاء (١) ، (٢) - بيت التمويل الكويتي) وهذه الفتوى توافق ماجاء في القاعـدة الفقهيـة : (المعلـق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط) .

٣- حضر عميل إلى بيت التمويل راغباً في أن يتعامل معه بطريق المرابحـة ، بحيـث يقوم بيت التمويل بشراء سلعة من البائع في الخارج وبعد تملكها يبيعها له ويطالـب

هذا العميل من بيت التمويل أن يشتري العملة الأجنبية منه حينما يسدد بيت التمويل قيمة البضاعة للبائع وذلك حين يكون سعر العملة الأجنبية لديه مناسباً لبيت التمويل لو قورن بأسعار السوق في حينه .

فهل يجوز لبيت التمويل أن يقوم بمثل هذا العمل من الناحية الشرعية ؟

وجواباً على هذا وردت الفتوى رقم (٨٤) عن بيت التمويل الكويتي ضمن الفتـاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية وتنص على أنه :

إذا كان عقد بيع البضاعة منفصلاً عن عقد شراء العملـة مـن العميـل والعقـدان منفصلان تمام الانفصال فلا مانع شرعاً من ذلك .

ويـرى **البـاحـث** أن التحوط في مسألة شراء العملة واجب حتى لايتم دخـول شـبهة الربا لأنه من عمليات الصرف التي يجب التقابض فيها و (احتمال الربا كحقيقته) .

٤- هل تعتبر المعاملات الموصوفة أدناه مقبولة شرعاً :

أولاً : شخص يمتلك قطعة أرض طلب من البنك تحويل بنائها فاتفق معه البنك على بنائها شريطة أن يربحه فيها بنسبة ٢٥% ؟

ثانياً : شخص يمتلك قطعة أرض طلب من البنك تمويل بنائها فاتفق معه البنك على بنائها شريطة أن يربحه فيها بنسبة ٥٠% حيث إن سداد القيمة سوف يـتم عن طريق أقساط تمتد إلى خمس سنوات ؟

وقد صدرت فتوى بهذا الصدد عن الهيئة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي الـسوداني رقم (١٩) جاء فيها :

إن هذه المعاملة لاتدخل في بيع المرابحة ، لأن بيع المرابحـة أن يبيـع المـشتري السلعة برأس مالها على أن يربحه المشتري الثاني مبلغاً محدداً ، ويشترط في بيـع المرابحة بيان رأس المال والربح الذي يطلبه المشتري الأول ، وفي هذه المعاملـة المستفسر عنها ، البنك لم يشتر شيئاً حتى يبيعه مرابحة ، ولكن يريد أن يتفق مـع صاحب الأرض على بناء أرضه، فهذه المعاملة تدخل في عقد الاستصناع .

ويـرى **البـاحـث** أن : القاعدة الفقهية تقول : (العبرة بالمقاصد والمعـاني لا للألفـاظ والمباني) فهذه المعاملة استصناع وليست مرابحة.

٥- تقدم إلينا مصرف إسلامي في البحرين يدعونا للمشاركة في عملية شراء بترول عراقي وبيعه لهيئة المصافي التركية بأسلوب المرابحة .

ستقوم هيئة المصافي التركية بفتح اعتماد مستندي لصالح المصارف الإسلامية ممثلة في المصرف الإسلامي وسيقوم الأخير بشراء البترول من المصدر العراقي الذي سوف يسلم البترول للمشتري النهائي في تركيا .

يرجى الإفادة فيما إذا فيما إذا كان يجوز لنا الاشتراك في هذه العملية ؟

وقد ردت هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي على هذا السؤال بفتوى رقم (٧٩) تنص على مايلي :

لا أرى مانعاً لإجراء هذه العملية في إطار بيع المرابحة الشرعي المعمول بها في المصارف الإسلامية اعتماداً على إجازة بعض الفقهاء المتقدمين والمعاصرين لذلك .

ويرى الباحث أن : (الأصل في الأشياء الإباحة) ولم يقم مانع من غرر أو جهالة أو ربا

٦- عملية تمويل شراء أشرطة فيديو كاسيت ماركة ناشيونال وأجهزة تكييف هواء وبيعها بالمرابحة عرض على الهيئة طلب من عميل جاء به أنه يرجو الموافقة على عملية المرابحة الخاصة بشراء الأجهزة المشار إليها - وقال في الطلب أنها مشتراة من مكتب ذكره بطلبه وأرفق بطلبه (فاتورة) بهذه الأشياء جاء بها أنه مطلوب من هذا (العميل) مبلغ /. . ./ جنيه مصري ثمن الأجهزة المذكورة - وطلب (العميل) المذكور من البنك سداد مبلغ الفاتورة المرفقة مع طلبه وتعهد بدفع مبلغ ذكره - يزيد عن الثمن الوارد بالفاتورة كما تعهد بدفع ١٠% من ثمن الشراء وطلب تقسيط باقي الثمن على أربعة أشهر؟ .

لقد عرضت هذه الحالة على هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري وصدرت عنها الفتوى رقم (٨) والتي تنص على :

أن هذه العملية على النحو الموضح بأوراقها بيع مرابحة ولا تصلح إطلاقاً بهذه الصورة وذلك لأن بيع المرابحة هو أن تبيع ما تملك من سلعة بالثمن الذي قامت به عليك من مال مضافاً إليه مقدار من الربح يتفق عليه مع من يرغب في شراء السلعة بطريق بيع المرابحة ، لكن الموجود في أوراق الملف لا يدل على أن البنك تملك سلعة حتى يمكنه أن يقوم ببيعها بطريق بيع المرابحة بل الموجود هو فاتورة لسلعة قام العميل بشرائها ويطلب العميل من البنك أن يدفع له قيمة هذه البضاعة في نظير ما أوضحه في طلبه المشار إليه آنفاً ولهذا قررت الهيئة عدم الموافقة على تنفيذ هذه العملية وغيرها من العمليات المماثلة لها لأنها لاتتفق مع ما قررته أحكام الشريعة بشأن بيع المرابحة .

ويرى الباحث أن هذه المسألة تنطبق عليها القاعدة الفقهية (ضم المعلوم إلى المجهول يصير الكل مجهولاً) .

ولأن البنك لم يملك السلعة فهو تصرف في حق الغير (والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل) . فالملكية لم تثبت للبنك ابتداء والقاعدة الفقهية تقول : (إسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال) فما لم يملك البنك لم يثبت له شيء فعلى أي شئ يرابح ؟

٧- هل يجوز بيع بضاعة عن طريق المرابحة والبضاعة في مكان غير المكان التي تمت فيه البيعة ومن غير أن يتسلمها أو يراها البنك ؟

وقد أصدرت هيئة الرقابة الشرعية للبنك الإسلامي لغرب السودان فتواها رقم (١٤) جاء فيها :

لابد للبنك أن يتملك البضاعة ولو تملكاً حكمياً ثم يقوم ببيعها للطرف الثالث (المشتري) مرابحة .

ويرى الباحث أن : القاعدة الفقهية تقول : (جهالة الثمن موجبة لبطلان البيع) .

فمن باب أولى أن تكون جهالة المبيع موجبة لبطلان البيع .

والقاعدة الأخرى تقول : (لايتم التبرع إلا بالقبض) .

ولأن التبرع فرع للملكية فلابد من الملكية ولو حكماً قبل بيع المرابحة من باب أولى .

٨- عرضت الجهات المسئولة في الحكومة أن تبيع الحكومة على شركة الراجحي المصرفية للاستثمار بعض الأسهم التي تملكها الحكومة في إحدى شركات الكهرباء أو غيرها وتدفع الشركة للحكومة القيمة نقداً وللشركة الحق بأن تحتفظ بهذه الأسهم ضمن اصولها أو تبيعها في السوق متى شاءت على الحكومة أو غيرها .

وصدرت عن الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية الفتوى رقم (١٧) نصت على أنه لا بأس بهذه المعاملة المذكورة ولكن على الشركة إن قررت بيع هذه الأسهم على الحكومة ولم يتغير سعرها أثناء تملك الشركة هذه الأسهم بوصف أو انخفاض سعر أو ارتفاعه ولم تمض مدة يستبعد فيها التحيل على جدية البيع فلا تبيعها بأكثر مما اشترتها به ، وإنما يجوز بيعها على الحكومة بمثل الثمن الذي اشترتها الشركة بها أو أقل لأنها إذا باعتها بأكثر مما اشترتها به تكون هذه المعاملة عكس مسألة العينة وقد نص العلماء رحمهم ا أن عكس العينة كالعينة في التحريم للأحاديث الواردة في ذلك.

ويرى الباحث أن المسألة تنطبق عليها القاعدة الفقهية (احتمال الربا كحقيقته) واحتمال صورة بيع العينة قائم في حال تغير الثمن .

٩- هل يجوز للمصرف الإسلامي إدخال السلعة المبيعة بالمرابحة كضمان ؟

وكان الجواب الصادر عن هيئة الفتاوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي في

الفتوى رقم (٢٢) والتي تنص أن : العقد شريعة المتعاقدين ، فإذا اشترط البائع أن يحبس المبيع حتى أداء جميع الثمن فهو شرط يقتضيه العقد ، وإنما يحبس البائع المبيع إذا كان الثمن حالا، أما إذا كان مؤجلاً فلا يجوز الحبس لأنه رضي بتأخير الثمن لكن يجوز له أن يرهن المبيع رهناً ائتمانياً أي رسمياً - ينص عليه في العقد حتى يستوفي الثمن ضمانا لحق البنك لأن الرهن الائتماني لايمنع المالك من التصرف في ملكه .

ويرى الباحث أن : (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط) كما تقول القاعدة الفقهية فإذا اشترط البنك الرهن فله ذلك الشرط .

١٠- تقدم إلينا أحد العملاء لشراء سيارة مرابحة بالأجل من أحد المصادر وبعد أن قمنا بشراء السيارة من المصدر وبيعها إلى هذا العميل بالأجل وبعد فترة قام هذا العميل ببيع السيارة إلى أحد الأشخاص ثم جاءنا هذا الشخص الأخير مع واعد بالشراء لبيع السيارة إلى بيت التمويل الكويتي وبعد التدقيق على العملية تبين أننا سنقوم بشراء سيارة مايزال مالكها الأول مطلوباً لبيت التمويل بهذه السيارة .

والسؤال : هل يجوز شراء هذه السيارة في مثل هذه الحالة ؟

وقد جاء الرد في كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية - الأجزاء (١) ، (٢) - بيت التمويل الكويتي - فتوى رقم (٣٢٧) :

يجوز شراء سيارة من عميل سبق أن اشتراها من البيت بالأجل ثم تورق بها مع غير البائع ثم عرضت على البائع الأول لشرائها لأنها خرجت من باب العينة لكن خشية التواطؤ وإحضار مشترين صوريين يمتنع بيت التمويل من هذا التعامل سداً للذرائع .

ويرى الباحث انطباق القاعدة الفقهية :

(إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم أرجحهما) و (إذا تعارض المقتضي والمانع قدم المانع) رداً على هذا السؤال ، لأن احتمال التواطؤ قائم ، والذي يفضي إلى الربا وبيع العينة .

١١- هل يجوز إنهاء مديونية المرابحة المتأخر سدادها ؟

عرضت المسألة على حلقة رمضان الفقهية الأولى والثانية والثالثة (دلـه البركـة) وصدرت عنها الفتوى رقم (٥) ، وقد نصت على مايلي :

أولاً : إذا لم يقم المشتري بالمرابحة بسداد مديونيتها في حينه يجوز للبنك شراء ما باعه مرابحة للعميل أو جزء منها بثمن حال يستحق في ذمة البنك ، وذلك إذا مضى بعد بيع المرابحة زمن تتغير فيه الأسعار عادة بحسب الـسلعة (وهـو مايسميه الفقهاء حوالة الأسواق) ولا يكون هذا الشراء من قبل البنك من بيـع العينة المحرم .

وبهذا الشراء يتمكن البنك من استيفاء دينه ، كلياً أو جزئياً ، بطريق المقاصة بين الدين وبين ما استحق للعميل في ذمة البنك .

ثانياً : للبنك بعد ذلك حق التصرف في السلع أو المعدات أو الأصول التي اشتراها من العميل على الوجه الذي يراه محققاً لمصلحته ، مع العميـل نفـسه أو غيـره بالتصرفات الجائزة شرعاً ، كالمشاركة أو المضاربة بـشروطها ، أو الإيجـار العادي أو الإيجار المنتهي بالتمليك على أن يخلو شراء البنك من اشتراط شئ من تلك العقود ، ولكن ليس له إعادة البيع إلى العميل بالأجل بأكثر من الـثمن الذي تم به الشراء ، لأن هذه الصورة الأخيرة من قبيل عكس العينة ويـسمى هذا (قلب الدين بالدين) وهو ممنوع شرعاً .

ثالثاً : لايجوز جدولة ديون المرابحة أو غيرها بزيادة مقدار الدين وزيادة الأجل ولأن مثل هذه الحالة أصبحت من العرف السائد .

ويرى الباحث أن : القاعدة الفقهية تقول : (والعرف الجاري في المعاملات كالمشروط في العقد) ، ولأن إعادة جدولة ديون المرابحة لاتتم إلا بإضافة مدة أو ثمن مما يخـل بشروط المرابحة خصوصاً إذا زيد الثمن مقابل النسيئة في الزمن فتصبح عنـد ذلـك ربا.

١٢- ما مدى جواز قيام البنك بشراء سلعة معينة بناء على وعد من أحد العملاء على أن يشتريها منا إذا ملكناها بثمن آجل أكثر من ثمن الشراء ؟

هل يجوز أخذ العربون من هذا العميل ؟

في حالة تخلفه عن الشراء منا بعد شرائنا للسلعة هل يجوز لنا مصادرة العربون المدفوع ؟ وقد صدرت الفتوى رقم (٥) لبيت التمويل الكويتي نصت على :

أولاً : عن مواعدة أحد العملاء بأن يشتري سلعة معينة ثم نبيعها له بثمن مؤجل زائد عن الثمن الذي اشتريت به أقول وبا التوفيق : إن النصوص العامة للشريعة توجب على المسلمين الوفاء بعقودهم وعهودهم إلا أن يحلوا حراماً أو يحرموا حلالاً ، والوفاء بهذا الوعد عند جميع الأئمة واجب تدينا وإن كان غير ملزم قضاء عند الأئمة الثلاثة أبي حنيفة والشافعي وأحمد وأما مالك فعنه روايات ثلاث هي :

١- أنه لايجب الوفاء بالوعد .
٢- أنه يجب الوفاء به مطلقاً .
٣- أنه إن ترتب على الوعد إلزام الموعود بشيء لولا الوعد ما فعله وجب الوفاء به

والصورة المسئول عنها من الوجه الأخير .

وهذا ما أطمئن إليه لأن الوفاء بالوعد من أخلاق المؤمنين والخلف من أخلاق المنافقين وعليه فهذا الوعد ملزم للطرفين .

ثانياً وثالثاً : أخذ العربون من هذا العميل جائز شرعاً وإذا أخلف وعده جاز مصادرة العربون إذا اشترط ذلك في العقد .

ويرى الباحث أن : القاعدة الفقهية تقول : (الأصل في العقود الصحة) ، والمؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً .

١٣- تقدم إلينا عميل برغبة ووعد بالشراء لبضاعة ومن ضمن شروط هذه الرغبة أن نقوم بدفع مبلغ مقدماً حال فتح الاعتماد وقبل تسلم البضاعة من المصدر هل يجوز لنا زيادة الربح في مثل هذه الحالة بما يغطي فترة بين دفع المبلغ للمصدر والمتعاقد مع الراغب في الشراء ؟

وكان الجواب الصادر عن بيت التمويل الكويتي في الفتوى رقم (٤٤٠) تنص على أن :

تحديد الربح في العقد يتم بالاتفاق بين البائع والمشتري بما يتراضيان عليه ولا أثر للاعتبارات الباطنة التي روعيت في التحديد ومن حق البائع أن يزيد في الربح سواء

كان مبلغاً مقطوعاً أو نسبة مئوية دون ربط الأجل وهنا ينظر إن كـان قـد حـصل التواعد على مقدار الربح ثم ترتب على شروط فتح الاعتماد تعجيل مبلغ إلى المصدر فلا أثر لهذا على المرابحة لأن رأس المال لم يزد عما هو أما إن كان التواعـد لـم يحصل وإنما هي مساومة فيمكن للطرفين تعديل نسبة الربح التي تتضمنها الرغبـة والوعد بالشراء .

ويرى **الباحث** أن هذه الرغبة توافق القاعدة الفقهية (الأصل في العقود الصحة) .
وكذلك قاعدة : (الأصل في الأشياء الإباحة) مالم تتعارض مع نص شرعي .

١٤- هل يجوز تقديم الآمر بالشراء سندات أو شيكات عن الثمن المؤجـل ؟ أي يقـدم المشتري ضمانات .
وردت الفتوى رقم (١١) الصادرة عن حلقات رمضان الفقهية الأولـى والثانيـة والثالثة على هذا التساؤل بأنه :
لا مانع من الحصول من العميل في العمليات المؤجلة على سندات لأمر أو شيكات أو كمبيالات حسب مواعيد الأقساط المستحقة من الثمن .
ويرى **الباحث** أن القاعدة الفقهية تقول : (الأمور بمقاصـدها) فالعمليـة جـائزة شرعاً.

١٥- هل يمكن تمويل صفقة مبيعة فعلاً ؟
ورد الجواب في كتاب الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية لمجموعة دلـة البركة فتوى رقم (١١) :
إن هذه العملية محرمة قطعاً لأنها قائمة على شراء الدين ، حيث إن الصفقة قـد تمت بين البائع والمشتري واستقر ثمنها ديناً في ذمة المشتري ، ولا مجال للقيام بأي عملية وساطة بالمرابحة أو غيرها ، فلم يبق إلا شراء الدين بهامش الـربح المعروض وهي عملية محرمة والمهم أن العملية غير جائزة شرعاً .

ويرى **الباحث** أن : احتمال الربا متحقق والربا محرم ، والقاعدة الفقهية تقـول : (احتمال الربا كحقيقته) و (الأصل في الأموال الربوية التحريم) .

الفصل الثاني

المضاربــة

أ - تعريفها :

١- تعريف المضاربة لغة :

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض، وهو السفر، والمشي فيها. جاء في لسان العرب: وضربت في الأرض أبتغي الخير من الرزق (١)، قال عز وجل : {لا يستطيعون ضرباً في الأرض} [البقرة ٢٧٣] ، وقوله تعالى: {وإذا ضربتم في الأرض} [النساء ١٠١] أي سافرتم.

والضرب يقع على جميع الأعمال إلا قليلاً ، ضَرَبَ في التجارة، وفي الأرض وفي سبيل ا وإنما سميت به هذه الشركة ؛ لأن الغالب فيها السفر لجاب البضائع، وتسويقها، وجلب الربح ونحو ذلك.

والمضاربة تسمية العراقيين، أما عند أهل الحجاز فتسمى قِراضاً ، وهو مشتق من القرض، أي القطع ، يقال : قرضه، يقرضه. قرضاً، وقرّضه - بالتشديد - .

سمي به هذا العقد : لأن مالك المال يقطع من ماله جزءاً يعطيه للعامل يتصرف فيه، كما يقطع له جزءاً من ربح هذا المال.

وتسمى المضاربة، معاملة : فيقال : عاملت الرجل أعامله معاملة أي أعطيته المال مضاربة (٢)

٢- تعريف المضاربة شرعاً :

لقد عرفها الفقهاء بأنها : عقد شركة في الربح بمال من جانب، وعمل من جانب آخر (٣).

وعرفها المالكية بأنها : "توكيل على تجرٍ في نقد مضروبٍ مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما" (٤)

والملاحظ على التعريفين المذكورين أنهما يشترطان في الشركة أن يكون رأس مالها من الأثمان، كالدراهم، والدنانير، وعلى هذا فلا تجوز هذه الشركة على العروض أو الديون .

١- "لسان العرب" لابن منظور (ضَرَبَ).

٢- "لسان العرب" لابن منظور (ضَرَبَ) "المغني" لابن قدامة (١٣٤/٥-١٣٥)، (مغني المحتاج" للشربيني (٢٠٩/٥ - ٢١٠) "القوانين الفقهية" لابن جزي ص ٢٧٩.

٣- "حاشية ابن عابدين" (٦٨٢/٥).

٤- شرح الدردير الكبير (٣/ ٥١٧) بهامش حاشية الدسوقي.

غير أن الحنابلة (١) في رواية عن الإمام أحمد لا يشترطون في رأسمال المضاربة أن يكون من الأثمان بل يعدون ذلك إلى سائر العروض القيمية منها والمثلية، ويجعلون قيمتها

وقت العقد رأس مال لها.

فعرفوها : بدفع مال معين معلوم، أو ما في معناه لمن يتجر فيه بجزء معلوم مـشاع منـه ربحه . (٢)

ب - مشروعيتها:

والأصل في شرعية المضاربة ما رواه الإمام مالك عن زيد بن أسلم، عن أبيه "أن عبد ا وعبيد ا ابني عمر بن الخطاب - رضي ا عنهم- خرجا في جيش العراق، فتسلفا مـن أبي موسى الأشعري مالاً وابتاعا به متاعاً وقدما به إلى المدينة فباعاه ، وربحا فيه ، فأراد عمر رأس المال ، والربح كله. فقالا : لو تلف كان ضمانُه علينا ، فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل : يا أمير المؤمنين لو جعلته قِراضاً . قال : قـد جعلته ، وأخذ منهمـا نـصف الربح" (٣).

وقد روي جوازها عن عثمان، وعلي، وابن مسعود، وحكيم بن حزام ولم يعرف لهم مخالف في الصحابة فكان إجماعاً (٤).

وحكمة الشرع تقتضي جوازها، إذ فيها تنمية للمال وتحقيق مصلحة كلا الطرفين- العامل، ورب المال- .

لأن رب المال قد لا يجد من الوقت أو الخبرة ما يمكنه من تقليب المال والاتجار فيه.

كما قد لا يجد العامل في المال ما يكفيه لممارسة قدراته وخبراته في مجالات الحياة المختلفة.

ج - صفتها:

أن يعطي رجل مالاً لآخر على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل (المضارب) مـن ربح المال مما يتفقان عليه من نسبة شائعة في الربح كالثلث، أو الربع، أو النصف (٥) .

١- "المغني" لابن قدامة (٥/ ١٢٥).

٢- "أخصر المختصرات" لابن بلبان ص ١٨٣.

٣- "الموطأ" للإمام مالك برقم ١٣٩٦ باب القراض.

٤- "مراتب الاجماع" لابن حزم ص ٩١ "الإجماع" لابن المنذر برقم ٥٢٧ "شرح شمس الدين الزركشي على مختصر الخِرقي (٥١٧/٢).

٥- "مراتب الإجماع " لابن حزم ٩٢، "الإجماع" لابن المنذر برقم ٥٢٨.

د - ركنها :

والمضاربة كسائر عقود المعاوضة تحتاج حتى تنعقد وتترتب عليها أثارها إلـى الإيجـاب

والقبول ، فيحصل الإيجاب بكل لفظ قصد به إبرام هذا العقد كلفظ المضاربة ، والمقارضة ، والمعاملة . ويحصل القبول بكل لفظ يفهم منه موافقة الطرف الآخر على ذلك.
كأن يقول رب المال : خذ هذا المال فضارب فيه على أن يكون لك من الربح ثلثه. فيقـول الآخر: قبلت (١).

هـ - شروط عقد المضاربة :

يخضع عقد المضاربة إلى مجموعة من الشروط، إذا اختل واحد منها لم تصح المـضاربة، تعود إلى:

١- رب المال.
٢- المضارب.
٣- رأس المال.
٤- الربح.

أولاً : شروط رب المال :

يشترط في رب المال أن يكون أهلا للتوكيل، يملك فعل ما وَكّل به لأن التوكيل تفويض للغير فيما يملكه لنفسه من تصرف.

ثانياً : شروط المضارب:

وكما اشترط الفقهاء في رب المال ما اشترطوه في الموكل، كذلك فـإنهم اشـترطوا فـي المضارب ما اشترطوه في الوكيل، وذلك لأن العامل- أي المضارب- ينوب عن رب المـال في التصرف بماله فأشبه الوكيل في هذه الناحية.
وبملاحظة شروط الوكيل عند الفقهاء، نرى أنهم اشترطوا فيه أن يكون عاقلاً للعقد أي أن يعقل أن البيع سالب للمبيع، جالب للثمن وأن الشراء بالعكس وهكذا..

---

(١) "المبسوط، للسرخسي (٢٤/٢٢) ، "كشاف القناع" للبهوتي (٥٠٨/٣)، "بدائع الصنائع" للكاساني (٨٠/٦)

ثالثاً : شروط رأس المال:

ويشترط فيه ما يلي (٢):

١- أن يكون ذهباً ، أو فضة، أو نقداً رائجاً . فلا يجوز أن يكون رأس المـال عقـاراً أو عروضاً، إلا إذا قال المالك للمضارب : بعها وضارب في الثمن، فعند ذلك يكون وكـيلاً ببيعها ثم مضارباً في ثمنها بعد قبضه، ولا تنعقد المضاربة صحيحة عندئـذ إلا عنـد قبضه حتى لو تصرف قبله لم يكن تصرفه للمضاربة (٣).

ويرى **الباحث** أنه في زمننا المعاصر يمكن أن تقيم رؤوس الأموال الثابتـة كالعقـار تقييماً حقيقياً ثم يحسب على أساسها رأس المال .

٢- أن يكون معلوم المقدار والجنس والصفة معيناً من قبل رب المال تعيناً ينفي الجهالـة عنه. لأن الجهل برأس المال يؤدي إلى الجهل بالربح الذي هو مقصود المضاربة (٤).

٣- أن يكون رأس المال عيناً لا ديناً ، إلا إذا قال له رب المال اقبضه وضارب فيه (٥).

٤- التخلية بين المال والمضارب:

والمراد بالتخلية تمكين العامل من المال تمكيناً يستطيع به التصرف فيه متى شاء وهذا لا يكون إلا إذا تسلم المضارب رأس المال.

فلو شرط رب المال أن يعمل فيه معه فسدت المضاربة ؛ لأن ذلك يخـل بكمـال التـسليم، والمراد ألا يعمل صاحب المال مع المضارب فيه. ولكن لو دفع الأب أو الوصي مال موليـه مضاربة وجعل كل منهما لنفسه أن يعمل جـاز، إذ يجوز لكل منهمـا أن يـضارب بمـال موليه، لأن ملكية المال غير عائدة له، ويده على المال يد حفظ، وأمانة فقـط. لـذا كـان اشتراط عمله مع المضارب هنا غير مانع من التخلية بينه وبين المضارب (٦).

١- "حاشية ابن عابدين" (٥٤١/٥-٥٤٢)، "بدائع الصنائع" للكاساني (٢٠/٦)، "عقد المضاربة" للدبو ص ٦٣.

٢- انظر "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ٤٦٢، "عقد المضاربة" للدبو ص٥٦ وما بعدها.

٣- "بدائع الصنائع" للكاساني (٨٢/٦)، "العناية على الهداية" للبابرتي (٧/ ٩ ٥ مع فتح القدير).

٤- "حاشية ابن عابدين" (٦٨٤/٥).

٥- "حاشية ابن عابدين" (٦٨٤/٥) ، "فتح القدير" لابن الهمام (٥٩/٧).

٦- "العناية على الهداية" للبابرتي (٦٣/٧)، "بدائع الصنائع" للكاساني (٨٥/٦).

رابعاً : الشروط المتعلقة بربح المضاربة :

وقد علمت أنها شركة في الربح وعلى ذلك لا بد فيها من بيان نصيب كل مـن رب المـال والمضارب، فلو جعل الربح كله لرب المال وعمل المضارب فيه مجاناً صح العقـد وسـمي حينئذ بضاعة والعامل مستبضعاً ، ولو جعل الربح كله للعامل كان العامل بـذلك مقترضـاً للمال من صاحبه، وكذلك يجب أن يكون نصيب كل من رب المال والمضارب فـي الـربح مقداراً مبيناً شائعاً فيه ، فلا يصح اشتراط دراهم معلومة لأحدهما كعشرين ريالاً في الشهر أو كخمس رأس المال لصاحبه أو نحو ذلك، لأن هذا يؤدي إلى قطع الشركة فعسى ألا يزيد الربح عما شرط، وعلى الجملة فكل شرط اقتضى جهالة في الربح أو كان مفضياً إلى قطع الشركة فيه أفسد المضاربة.

أما إذا لم يؤد إلى ذلك فإنه يصح أن يخالف مقتضاها، ويلغو إن خالفه دون أن يـؤثر فـي صحة المضاربة، كما إذا شرط في العقد أن تكون الخسارة أو بعضها على المضارب (١).

الشروط المفسدة لعقد المضاربة ثلاثة (٢):

١- شروط تتنافى مع مقتضى العقد. كأن يشترط أحد المتعاقدين مـثلا ألا يبيـع، أو أن لا يشتري، أو اشترطا لزوم المضاربة، أو بقاء المال تحت يد المالك.
٢- شروط لا تلائم مقتضى العقد: وهي التي تعود إلى جهالة الربح، كـأن تكـون حـصة أحدهما مجهولة، أو اتفقا على أن يكون نصيب أحدهما مبلغاً معيناً من الربح.
٣- شروط يدخِلها أحد المتعاقدين في العقد وهي ليست من مصلحة العقد: كأن يشترط رب المال على العامل أن يضارب له بمال آخر، أو يعطي المال بضاعة لشخص أجنبي.

و - حكم المضاربة الفاسدة :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الربح الناشيء في المضاربة الفاسدة يكون لرب المال ، وليس للمضارب سوى أجر المثل في عمله، ويكون المال في يده أمانـة لا يـضمنه إلا إذا هلـك بالتعدي أو التقصير.

١- "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ٤٦٢-٤٦٣.

٢- "عقد المضاربة" للدبو ص ١٣٢.

قال ابن قدامة في معرض كلامه على المضاربة الفاسدة: "إن الربح جميعه لرب المال ؛ لأنه نماء ماله، وإنما يستحق العامل بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئاً وكان له أجر مثله... ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه، وتفريطه" (١) .

أما المالكية : فقد قالوا باشتراك الطرفين- المضارب، ورب المال- في الربح، لكن ليس على الشرط المتفق عليه، بل أوجبوا للعامل قراض المثل والباقي يكون لرب المال (٢) .

هذا فيما إذا كان الفساد ناشئاً عن اختلال شرط من شروط صحة المضاربة. أما إذا كان الفساد ناتجاً عن تعمد المضارب بأن خالف الشرط الذي قيد به رب المال تصرف المضارب، كأن نهاه عن السفر بمال المضاربة فسافر به، أو نهاه عن الاتجار في اللحوم فاتجر بها، أو ما شابه ذلك مما يحق لرب المال اشتراطه في العقد، فقد اتفقوا (٣) على أن يده يد ضمان واختلفوا حول الربح هل يبقى على ما سبق أم لا ؟.

ذهب المالكية (٤) والشافعية : إلى أن الربح يبقى بينهما على ما شرطاه جاء في نهاية المحتاج: "أنه لا يجوز للمضارب أن يسافر بالمال بلا إذن من صاحبه فإن سافر أو فعل ما نُهي عنه ضمن ما يحدث في المال من تلف وأثم ، ولكن القِراض لم ينفسخ (٥) ".

بينما يرى الأحناف أن الربح يكون للعامل ولا شيء للمالك. فقد جاء في البدائع "فإذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب، ويصير المال مضموناً عليه، ويكون ربح المال كله بعدما صار مضموناً عليه له ؛ لأن الربح بالضمان" (٦)

---

١ - "المغني" لابن قدامة (١٨٨/٥-١٨٩).

٢- شرح الزرقاني" (٢١٥/٦).

٣- "شرح الزرقاني" (٢٢٢/٦)، "بدائع الصنائع" للكاساني (٨٧/٦)، "نهاية المحتاج" للرملي (٢٢٣/٥).

٤- "شرح الزرقاني" (٢٢٣/٦).

٥- "نهاية المحتاج" للرملي (٢٣٤/٥-٢٣٥).

٦- "بدائع الصنائع" للكاساني (٨٧/٦).

ز - أقسام المضاربة (١):

تنقسم المضاربة إلى أقسام بحسب الجهات التالية:

- من حيث العمل.
- من حيث تعدد الأطراف.

أولاً : تقسيم المضاربة من حيث العمل :

تنقسم المضاربة من حيث نطاق العمل إلى مضاربة مطلقة ومضاربة مقيدة .

فالمضاربة المطلقة : هي التي يترك فيها للمضارب حرية التصرف في إطار أحكام الشريعة الإسلامية، والعرف التجاري، وما يؤدي إلى الهدف منها وهو تحقيق الأرباح.

فيدفع رب المال إلى المضارب قدراً من المال يعمل فيه من غير تعيين نوع العمل والمكـان والزمان ولا تحديد صفة من يعاملهم.

ويمكن أن يرافق هذه المضاربة المطلقة تفـويض عـام أو إذن صـريح مـن رب المـال للمضارب بعض التصرفات.

أما المضاربة المقيدة فهي : التي يحدد فيها للمضارب بواسطة رب المال حدود يتـصرف في إطارها تتعلق بالمكان أو الزمان أو نوع العمل أو من يعـاملهم المـضارب... ويعتبـر المضارب مخالفاً إذا لم يلتزم بهذه القيود.

ويمكن تقسيم المضاربة المطلقة إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : المضاربة المعتادة :

وهي أن يدفع رب المال إلى المضارب المال ويطلق تصرفه ليباشر بنفـسه تقليـب المـال المؤتمن عليه في كل ما كان من عادة التجار ومن ضرورات أعمـال المـضاربة لتحقيـق الربح الذي هو المقصود الأصلي للعقد.

وفي هذه الحالة ليس للمضارب أن يباشر بعض التصرفات التي قد تعرض مال المـضاربة إلى الأخطار أو توجب فيه حقاً لغيره إلا بالتفويض العام أو الإذن الصريح من رب المال.

---

١ - انظر "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ٤٦٣، "عقد المضاربة" للدبو ١٠٣، "المضاربة الشرعية (القراض)" لعز الدين خوجه ص ٧٤- ٧٥.

النوع الثاني: المضاربة المطلقة مع التفويض العام :

وهي أن يدفع رب المال إلى المضارب المال ويفوض إليه أمر المضاربة بكل ما يراه محققاً للغرض ومؤدياً إلى الربح من غير تقييد وفي هذه الحالة يملك المضارب التصرف بكل ما هو متعارف بين التجار وفيه مصلحة للمضاربة، فيدخل تحت هذا التفويض ما لا يدخل تحت المضاربة المعتادة مثل (عند بعض الفقهاء) مشاركة الغير، وخلط مال المضاربة بغيره، والمضاربة بمال المضاربة.

النوع الثالث : المضاربة المطلقة مع الإذن الصريح:

وهي أن يدفع رب المال إلى المضارب المال ليضارب به ويأذن له صراحة ببعض التصرفات الخاصة كالهبة، والإقراض من مال المضاربة والاستدانة عليها، وفي هذه الحالة يملك المضارب التصرف بما أذن له فيه لأن المنع كان لحق رب المال، وقد أسقطه بنفسه.

المضاربة المقيدة :

هي أن يدفع رب المال إلى المضارب قدراً من المال يعمل فيه، ويقيد تصرفه من حيث نوع العمل أو المكان أو الزمن أو صفة من يعاملهم. فقيودها أربعة (١) :

أ - تقييد نوع العمل : وهو على صورتين:

١- منع المضارب من التعامل في صنف معين من البضائع وهذا جائز باتفاق الفقهاء، لأن القيد هنا مفيد، وليس فيه تضييق على المضارب، إذ لا يمنعه من تحقيق الربح الذي هو المقصود الأساسي من العقد.

٢- إلزام المضارب بالتعامل في صنف محدود من البضائع وهذا القيد جائز عند الحنفية والحنابلة لأن المضارب يتصرف بمال المضاربة بإذن رب المال بصفته وكيلاً عنه، فوجب عليه الالتزام بما قيد به.

أما عند المالكية والشافعية فجائز بشرط أن يكون الصنف المحدد غير نادر الوجود ؛ لأن ذلك تضييق ينافي مقتضى المضاربة.

---

(١) لقد أجاد الأستاذ عز الدين محمد خوجة في تقسيم القيود والتفصيل فيها فارتأيت أن أقتبسه بالتمام من كتابه "المضاربة الشرعية الإقراض" ص ٧٨-٧٩ فليراجع هناك لمعرفة مصادره.

ب - تقييد من يعاملهم المضارب: وهو على حالين:

١- تقييد المضارب بمعاملة أشخاص معينين، أو منعه من معاملتهم.

وهذا القيد جائز باتفاق، لأن رب المال يزداد ثقة في المعاملة وفي نفس الوقت يبقى مجال تحقيق الربح متوفراً للمضارب، فلا يخل هذا القيد بالمقصود.

٢- تقييد المضارب بمعاملة شخص بعينه هذا القيد جائز عند الحنفية والحنابلة ؛ لأنه لا يمنع من تحصيل الربح ولا ينافي مقتضى العقد، فيتقيد المضارب بما أذن له فيه كالوكيل.

أما عند المالكية والشافعية فانه لا يجوز ؛ لأن الشخص المعين قد لا يعامله فيخـل بالمقصود من المضاربة.

ج - تقييد الزمان : أي توقيت المضاربة بزمن محدد تنتهي فيه وحكم هذا القيد:

- جائز عند الحنفية والحنابلة لأن المضاربة توكيل، والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت
- جائز عند الشافعية في حالة منع المضارب من الشراء فقط والسماح له بالبيع بعد المدة المحددة لتمكينه من تنضيض مال المضاربة.
- لا يجوز هذا التقييد عند المالكية لأن المضارب قد لا يتمكن من تحقيق الربح خلال المدة المعينة فيخل ذلك بالمقصود.

د- تقييد المكان : وهو على أحوال ثلاثة :

١- تعيين مكان عام يعمل فيه المضارب كبلد أو مدينة ما، وهذا القيد جائز باتفاق الفقهاء لأن المضاربة توكيل من رب المال والتوكيل في شيء معين يختص به ، وفـي هـذا الشرط محافظة على المضاربة من الأخطار.

٢- تعيين مكان خاص يعمل فيه المضارب كسوق محدد لا يتعداه، وقد اختلف العلماء في حكمه فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى جوازه؟ لأن السوق كالمكان العام يمكن الاتجار فيه وتحقيق مقصود المضاربة دون التضييق على المضارب. وذهب المالكية إلى منعه لما فيه من التضييق على المضارب.

٣- تعيين حانوت خاص يعمل فيه المضارب دون أن يتعداه، وهذا القيد جائز عند الحنفيـة والحنابلة لأن فيه محافظة على المال، ولا يمنع الربح بالكلية.

أما المالكية والشافعية فإنهم لا يجوزونه لأنه يحد من حركة المضارب في تقليب المال

وحكم هذه المضاربة كالمضاربة المطلقة من استحقاق المضارب تسلم رأس المال، والاتجار في المال ، واقتسام الربح بينه وبين رب المال بحسب ما اتفقا عليه من نِسَبٍ شائعة، وكونه

وكيلاً عن صاحب المال ... ولا تفارقها إلا في القيد الموضوع من قِبَـل رب المـال المقيـد لتصرف المضارب والذي استمد شرعيته من حديث الرسول ﷺ "المسلمون عند شروطهم" (١)

ثانياً : تقسيم المضاربة من حيث تعدد أطرافها:

تُقسم المضاربة من حيث تعدد أطرافها إلى قسمين:

أولهما المضاربة الثنائية : وهي التي يوجد فيها شخص واحد يقدم المال وشخص يقوم بالعمل

والثانية هي المضاربة المشتركة الجماعية : التي يتعدد فيها أرباب المـال أو المـضاربون. فيجوز اشتراك أكثر من شخص في تقديم المال لمضارب واحد (وهي حالة تعدد رب المـال) وإذا عمل المضارب في المالين في مضاربتين مختلفتين فهذا جائز عند جمهور الفقهاء فـي حالة عدم وقوع ضرر بصاحب المال الأول، كما يجوز عندهم عمل المضارب في المالين في مضاربة واحدة وذلك بشروط حددودها في مسألة خلط مال المضاربة بغيرها.

ح - حكم المضاربة:

يصير المضارب بالعقد وكيلاً عن رب المال إذا عمل، ويصير المال في يده أمانة بتسلمه، لأن ذلك شأن الوكيل ، ولذا يضمنه عند حصول التعدي والتقصير من جانبه، فإذا ظهر ربح كـان شريكاً فيه على مقتضى الشرط، وإذا ظهرت خسارة كانت على رب المال وحده، واحتـسبت أولاً من الربح إن كان المال قد ربح لأنه تبع للمال.

وكذلك إذا هلك من رأس المال شيء بلا تعد احتسب أيضاً من الربح للسبب نفسه، فـإن لـم يف الربح بذلك احتسب الزائد من رأس المال ولا يرجع رب المال على المضارب بشيء منه، ولا فرق في ذلك بين ربح لا يزال مضموماً إلى رأس المال لم يرفع منه وربح قد رفع منـه وقُسمَ بين المضارب ورب المال على ما شرطا، فيجب أن يترادا كل ربح قسم بينهمـا فيمـا مضى فيحسب منه مقدار الخسارة أو التلف حتى يسلم لرب المال ماله، وما بقي فهو بينهما على الشرط، ، وإذن فلا يستقر ملك المضارب لما يأخذه من ربح إلا بفسخ المـضاربة مـع سلامة رأس المال لصاحبه، حتى إذا استهلكه في شؤون نفسه ثم تلـف رأس المـال كـان ضامناً لما أخذه من الربح حتى يسلم رأس المال لصاحبه.

---

(١) "بدائع الصنائع" للكاساني (٩٨/٦)، والحديث أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) .

ط - نفقات المضارب:

ذهب جمهور الفقهاء (١) إلى القول بأن المضارب لا يستحق شيئاً من النفقة عند عمله في المصر الذي تم فيه إبرام العقد ذلك أن إقامته في ذلك المصر، لم تكن لأجل المضاربة لأنه كان مقيماً قبل ذلك لأجل أهله ووطنه لا لأجل المال.

وخالف الحنابلة في ذلك وقالوا : "إذا اشترط المضارب نفقةَ نفسه صح ، سواء كان في الحضر أو السفر- معللين ذلك - بأن التجارة في الحضر إحدى حالتي المضاربة ، فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر، ولأنه شرط النفقة في مقابل عمله فصح " (٢).

أما في السفر:

فقد ذهب الحنفية (٣) والمالكية (٤) والشافعية (٥) في أحد القولين إلى أن نفقة المضارب تكون على مال المضاربة بمطلق العقد ولو لم يشترط ذلك، لأن الربح في المضاربة يحتمل الوجود والعدم ، والعامل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع إلزامه بالنفقة على نفسه من ماله الخاص.

أما الحنابلة (٦) فإنهم لا يجوزون للمضارب أن ينفق على نفسه من المضاربة إلا أن يكون قد شرط ذلك، أو جرى به عرف أو عادة.

وعلل الشافعية (٧)- في أظهر القولين- ذلك - بأن المضارب له نصيب من الربح فلا يستحق شيئاً آخر، ولأن النفقة قد تكون على قدر الربح فيؤدي إلى انفراده به، وقد تكون أكثر فيؤدي إلى أن يأخذ جزءاً من رأس المال وهو ينافي مقتضاه.

---

(١) "بدائع الصنائع" للكاساني (١٠٦/٦).
(٢) "المغني" لابن قدامة (١٨٦/٥).
(٣) "بدائع الصنائع" للكاساني (٦/ ١٠٥).
(٤) "المدونة" (٤٩/٤).
(٥) "مغني المحتاج" للشربيني (٣١٧/٢).
(٦) "الانصاف" للمرداوي (٤٤٠/٢).
(٧) "مغني المحتاج" للشربيني (٣١٧/٢)

ي - انتهاء المضاربة:

المضاربة من عقود المعاوضات غير اللازمة، التي يجوز فيها لكل واحد من المتعاقدين أن يفسخها متى شاء دون التوقف على رضى الطرف الآخر. فانتهاء المضاربة قد يكون بإرادة واحد من الطرفين كالفسخ. وقد تكون بأسباب قهرية تحدث دون أن يكون لأي واحد من المتعاقدين دخلٌ فيها.

أولاً : الأسباب الإرادية :

التي تكون بفسخ العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين.

مما لا خلاف فيه بين الفقهاء أن عقد المضاربة غير لازم، لكل واحد من المضارب ورب المال فسخه عندما يكون المال ناضاً (١) على صفته الأصلية، ويعلم الطرف الثاني بالفسخ.

قال ابن رشد: "أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض ، وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل في القراض.

ولكنهم اختلفوا إذا شرع العامل بالمضاربة.

فقال الإمام مالك : يصير عقد المضاربة لازماً، لا يجوز لأحدهما الاستبداد بالفسخ لما فيه من إلحاق الضرر للآخر.

وقال الشافعي وأبو حنيفة : لكل واحد منهما الفسخ إذا شاؤوا ، لأن المضاربة غير لازمة. فهو أوله وكالة وبعد ظهور الربح شركة وكلاهما عقد جائز" (٢)

لكن هل يشترط علم الطرف الآخر بالفسخ أم لا - عند الحنفية والشافعية - ذهب الحنفية إلى وجوب علم الطرف الآخر بالفسخ فقد جاء في البحر الرائق "وينعزل بعزله إن علم، أي ينعزل المضارب بعزل رب المال إن علم به، لأنه وكيل، وإن لم يعلم ، والمراد بالعلم ما يستفاد منه خبر رجلين مطلقاً ، أو واحد عدل، إن كان فضولياً وإلا مخبر مميز " (٣).

وذهب الشافعية إلى عدم اشتراط ذلك. فقد ذكر الخطيب الشربيني أن "لكل منهما فسخه - أي عقد القراض - متى شاء من غير حضور الآخر ورضاه" (٤)

١- ناضاً: إذا تحول رأس المال من متاع إلى نقد. "تحرير التنبيه" للنووي ص ١٣٥.

٢- "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد (٢/ ٢٣٧)

٣- "البحر الرائق" لابن نجيم (٢٦٨/٧) وانظر "البدائع" للكاساني (١١٢/٦) .

٤- "مغني المحتاج " للشربيني (٣١٩/٢).

والثمرة التي تترتب على هذا الخلاف هي:

أن تصرفات المضارب تكون نافذة على رب المال حتى يبلغه العزل أو الفسخ. عند الأحناف. أما عند الشافعية فينعزل المضارب من حين عزل رب المال له، فكل عمل يقوم به بعد العزل يتحمله هو ولو لم يبلغه نبأ العزل (١).

ويترتب على الفسخ مايلي (٢) :

١- انعزال المضارب عن الشراء للمضاربة بما لديه من نقود، واقتصار عمله على بيع العـروض فقط لتنضيضها وتصفية المضاربة.
٢- إذا اتفقا على بيع العروض وتقويمها، أو قسمتها، أو على إعطائها لرب المال، جاز مـا اتفقـا عليه إذ الحق لهما فوجب اعتبار ما اتفقا عليه.
٣- إذا اختلف الطرفان في تصفية عروض المضاربة، فللفقهاء تفاصيل عديدة وخلافات في بعـض الصور.

ثانياً : انتهاء المضاربة لأسباب قهرية :

أ - وفاة رب المال أو العامل :

تنفسخ المضاربة عند الحنفية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) بموت أحد العاقدين سـواء كـان المضارب أو رب المال. لأن المضاربة مبنية على الوكالة وموت الموكل يبطل الوكالة، وكذلك موت الوكيل .

فتنفسخ المضاربة سواء شرع المضارب في العمل أو لم يشرع، وتجب التصفية الفوريـة لأمـوال المضاربة لمعرفة ما فيها من ربح وإعطاء كل ذي حق حقه. واستثنى الفقهـاء مـن ذلـك جـواز التصرف فيما إذا كان المال عَرَضاً تجارياً لم ينض بعد، فأجاز وللعامل في هذه الحالة أن يبيع تلـك العروض ليحولها إلى نقود. (٦)

وخالف المالكية بقولهم لا تنفسخ المضاربة بموت أحد المتعاقدين بل تبقى قائمة، ويحل الوارث محل الموروث سواء كان الميت المضارب أو رب المال.

فإذا اتفق الطرفان على إمضاء المضاربة جاز ذلك وكان إتماماً للمضاربة الأولى، أما عند الاختلاف فتستمر المضاربة لحين التنضيض.

١- "عقد المضاربة" للدبو ص ٢٩٢.
٢- انظر "المضاربة الشرعية" لعز الدين خوجة ص ١٢٨.
٣- "بدائع الصنائع" للكاساني (١١٢/٦).
٤- "مغني المحتاج" للشربيني (٣١٩/٢).
٥- "المغني" لابن قدامة (١٧٩/٥).
٦- عقد المضاربة" للدبو ص ٢٧٦، "المضاربة الشرعية" لعز الدين خوجه ١٢٩.

ب - فقدان أو نقصان أهلية أحد العاقدين بعد إبرام عقد المضاربة (١) كـالجنون -

وقد ألحق بعض الفقهاء المعتوه بالمجنون في الحكم - والسفه عند جمهور الفقهاء الذي يقصد به حالة تعتري المرء فتجعله غير قادرٍ على حسن القيام في تدبير أمواله وإنفاقه لها على وجه الإسراف والتبذير. (٢)

واشترط الأحناف في الجنون المانع أن يكون مطبقاً (٣) .

ج - هلاك رأس المال بلا تعدٍ ولا تقصير قبل التصرف فيه لزوال محله . (٤)

ك - مسألة الشروط (٥)

يستطيع رب المال في المضاربة الخاصة أن يشترط ما شاء من شروط - في حدود ما هو مسموح له حسب الضوابط الفقهية - على من يضارب له في ماله ، وذلك عن طريق الاشتراط العام الذي كان يحدده . فقد كان العباس بن عبد المطلب - رضي ا عنه- يشترط على المضارب "أن لا يسلك برأس المال بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة" . أو عن طريق الاشتراط المحدد بالعمل في بلد معين، أو صنف معين من الأقمشة أو الطعام .

ومع أن هذه الاشتراطات صحيحة وجائزة في ميدان المضاربة الخاصة، إلا أن الوضع بالنسبة للمضارب المشترك يبدو مختلفاً. ويرجع منشأ هذا الاختلاف إلى ما يتطلبه العمل المشترك من ضوابط تنظيمية يجعل من المتعذر فيه تقييد المضارب بمثل هذه القيود عن طريق الاشتراط الخاص الذي قد يتراءى لهذا المستثمر أو ذاك أن يشترطها في مجال استثمار المال الذي يقدمه .

كما يستطيع أن يطلب منه تغيير اتجاه سيره كما يشاء، فإن المستفيد من خدمة النقل العام لا يمكنه - بل ولا يتصور حدوث ذلك - أن يطلب من السائق أن يغير اتجاه مسيره المنظم بخط محدد في الابتداء والانتهاء .

١- "المغني" لابن قدامة (١٨١/٥)، "مغني المحتاج" للشربيني (١٩٣/٢) .

٢- "عقد المضاربة" للدبو ص ٢٨٨.

٣- "بدائع الصنائع"، للكاساني (٦/ ١١٢)

٤- "المغني" لابن قدامه (١٨٣/٥)

٥- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية - د. سامي حمود ٣٩٨ .

ولو أخذنا من واقع حياتنا المعاصرة مثالاً حياً من قطاع النقل مثلاً، لاستطعنا أن نميـز الفارق في التعامل بين حالات الاستفادة من السيارة المستأجرة بسائق خاص، والمركبة المعدة للنقل العام. فبينما يستطيع المستأجر في الحالة الأولى أن يطلـب إلـى الـسائق التوجه إلى أي مكان

وذلك فإنه لا مناص بالنسبة للمضارب المشترك من إعطائه حق تحديد الـشروط التـي تتلاءم مع طبيعة الاستثمار الجماعي المشترك. وهذا يعني أن المضارب المشترك يتمتع بالاستقلال التام فيما يتعلق بالشروط التي كان يمكن للمستثمر- بصفته مالك المال- أن يفرضها على المضارب الخاص.

أما بالنسبة للمضارب المشترك في علاقته مع المضاربين لـه ، فإنه يبقى متمتعاً بحق الاشتراط الذي يراه مناسباً لحفظ المال من الضياع ، في إطار ما يحدده الفقه الإسلامي بهذا الخصوص . وذلك باعتبار المضارب المشترك- بالنسبة للمضاربين- هـو مالـك المال- أصالة ووكالة.

ل - مجالات التطبيق :

تعتبر المضاربة الأسلوب الرئيسي الذي اعتمدته المؤسسات المالية الإسلامية من حيث صياغة علاقتها بعملائها الذين يقدمون أموالهم بصفتهم أرباب المال ليعملوا بها بصفتهم مضاربين وذلك على أساس قسمة الأرباح بنسب معلومة متفق عليها .

كما تمارس البنوك الإسلامية هذا الأسلوب مع المهنيـين مـن الأطبـاء والمهندسـين والفنيين من أصحاب الحرف ، حيث يقدم البنك التمويل اللازم لهم بـصفته رب المـال ليستثمروه لقاء حصة من الربح المتفق عليه .

م – تطبيقات على بحث المضاربة :

١ - قاعدة : *(العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)*

أ - لابد في عقد المضاربة من الإيجاب والقبول ، وذلك بألفاظ تدل عليهما ، فالإيجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدي معاني هذه الألفاظ ، بأن يقول رب المال : خذ هذا المال مضاربة على أن مارزق الله عزوجل منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجـزاء المعلومـة .... ويقول المضارب : أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك .

ولو قال : خذ هذا المال وأعمل به على أن مارزق الله عز وجل من شـيء فهـو بيننا على كذا ولم يزد على هذا ، فهو جائز لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقـد والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ .

ب - المضاربة : هي أن يدفع شخص لآخر ماله ليتجر فيه ، ويكـون الـربح بينهمـا بحسب مايتفقان ، ويسمى القائم بالتجارة مضارباً ، فلو شرط في عقد المـضاربة الربح كله للمضارب لم يكن مضاربة ، ولكن يكون قرضاً تصحيحاً للعقد ، لأنه لو بقي مضاربة لكان باطلاً ، لأن المضارب لايملك رأس مال المضاربة حتى يكـون الربح كله له ، فجعل قرضاً نظراً للمعنى لأن العبرة في العقود للمعـاني ولـيس للصيغ .

٢- قاعدة : *(الغنم بالغرم) :*

إذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فخرج المضارب فيها وفي عشرة آلاف من مال نفسه إلى مصر ليشتري بها ويبيع ، فإن نفقته على أحد عشر سهماً، جـزء منها في مال المضاربة وعشرة أجزاء في مال نفسه ، لأنه يحتمل أن يكون خروجه لأجل مال المضاربة ، ويحتمل أن يكون خروجه لأجل مال نفسه احتمالاً على السواء فينظر إلى منفعة خروجه وعمله ، وذلك يختلف بقلة المال وكثرته فيقسم النفقة على قدر ذلك لأن المغرم مقابل بالمغنم .

ن – تطبيقات معاصرة على المضاربة :

أ - هل يجوز في عقد المضاربة زيادة حافز الإشراف للمضارب إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة ؟

نصت الفتوى رقم (١٩) الصادرة عن البنك السوداني :

أن الزيادة إذا كانت برضى الطرفين سواء عند بدء المضاربة أو أثناءها ، فلا جهالة في النص لكونه برضى الطرفين فلا مانع شرعي شريطة ألا يتضمن الشرط تحمل المضارب شيئاً من الخسارة لأن الخسارة في المضاربة تقع على رب المال .

أما لو كان رأس المال مشتركاً بين المضارب ورب المال فمن المعلوم أن الخسارة تقع على رأس المال بنسب ملكيتها .

ويرى الباحث أنه تنطبق على هذه المسألة القاعدة الفقهية : (الأصل في الأشياء الإباحة) .

والقاعدة الفقهية : (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط) .

فتراضيهما أثبت الشرط وتحقق الربح .

ب - نظراً لأن صكوك المقارضة (المضاربة) تتداول في الأسواق المالية الإسلامية وللتيسير على المسلمين هل يجوز التنضيض الحكمي (التقييم المحاسبي) ؟ بغرض توزيع الأرباح وتداول الصكوك .

فقد ورد في الفتوى رقم (٢) في الحلقة الأولى والثانية والثالثة لفتاوى مجموعة دله البركة ما معناه :

أن للتنضيض الحكمي الدوري حكم التنضيض الفعلي ويجوز توزيع الأرباح على هذا الأساس وتقييم أسعار التداول .

ويرى الباحث أنه ينطبق على هذا الأمر القاعدة الفقهية : (ماقارب الشئ أعطي حكمه) لأنها تقييم على أسس فنية محاسبية، ولأن الحاجة تقتضي ذلك فتنطبق القاعدة الفقهية : (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) . ولأن التنضيض الحكمي بدل عن التنضيض الفعلي فتنطبق القاعدة : (إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل) .

ج - تعاقد بنك مع مقاول كان هو المضارب فهل يجوز للبنك أن يحصل على نسبة مئوية من عقد المقاولة بغض النظر عن الربح والخسارة ؟ .

جاء في الفتاوى الشرعية في الاقتصاد لمجموعة دله البركة ندوة البركة الأولى ، الفتوى رقم (٢) مامعناه :

عدم جواز هذه العملية لأن المضارب أمين لايضمن ولأن اشتراط دفع مبلغ محدد مفسد للعقد

ويرى الباحث أن الأمور بمقاصدها ولكون هذا الاشتراط تحايل على تحديد نسبة محددة من الربح فإنه يفضي إلى الربا والقاعدة الفقهية تقول : (الأصل في الأموال الربوية التحريم) والقاعدة الأخرى : (احتمال الربا كحقيقته) . وإن الاشتراط في عملية المضاربة يسقط العقد فتسقط عملية التمويل طبقاً للقاعدة الفقهية : (إذا سقط التابع سقط المتبوع).

ولكون الاشتراط مفسد لعقد المضاربة ، فالقاعدة الفقهية تقول : (ضم الفاسد إلى غيره يقتضي فساد الكل) .

د - في بعض الأحيان يحتاج رب المال في المضاربة الحديثة التي يتعدد فيها أرباب الأموال ويكون المضارب واحداً وهو البنك إلى سحب أمواله قبل نهاية المضاربة بفترة فهل يجوز تفاوت حصة المضارب حسب اختلاف الفترات ؟ .

جاء في الحلقة الفقهية الأولى والثانية والثالثة لمجموعة دله البركة الفتوى رقم (٣) : أنه يجوز للمضارب أن يعلن عن ذلك بأن من أبقاها لسنة مثلاً يستحق نسبة معينة من الربح ولمن أبقاها لسنتين يستحق أكثر ، وأن من أراد استرداد حصته قبل نهاية المدة الأطول يستحق الربح على أساس المدة الأقصر .

ويرى الباحث أنه تنطبق على المسألة قاعدة : (الغنم بالغرم والخراج بالضمان) ، لأنه إذا أبقاها سنة واحدة فقد استحق حصته عن تلك السنة ، فقد يطرأ في السنوات اللاحقة خسارة وهو ليس في الشركة فلا يستحق في مقابلها أرباحها لأن الغنم بالغرم وطالما أن الأمر مشروط وليس فيه جهالة أو غرر فالقاعدة الفقهية تقول : (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان) .

هـ - تقدم رجل إلى أحد البنوك على أن يعمل معه في مضاربة يكون هو المضارب فيها وأبدى استعداده لتقديم ضمانات لتحمله الخسارة في حال حدوثها .

وقد جاء في الفتوى الشرعية لبنك دبي الإسلامي رقم (٥٢) أنه : لايجوز أن يتحمل المضارب شيئاً من الخسارة فيد المضارب يد أمانة مالم يتعد أو يقصر . فإن كان شريكاً للبنك برأس مال فيضمن فقط مايخصه في مقابل رأس ماله .

ويرى الباحث أن هذا تطبيق لقاعدة (الغنم بالغرم) ، ولأن عملية المضاربة منصوص عليها نصاً فتنطبق عليها قاعدة (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) ، ولا يمكن قياسها على عملية الأجير المشترك لأن (القياس لا يصار إليه مع وجود النص) طبقاً للقاعدة الفقهية .

و - دخل رجل في مضاربة مع بنك وتحققت خسارة فترتب على ذلك مصاريف ، فهل يتحملها المضارب أم رب المال (البنك) ؟

وقد جاء في فتاوى بيت التمويل الكويتي الفتوى رقم (٢٠٩) ما معناه : أن المصاريف جزء من الخسارة فتقع على رب المال مالم يتعد المضارب أو يقصر .

ويرى الباحث أنه تنطبق على هذه المسألة القاعدة الفقهية : (لا ضرر ولا ضرار) فقد خسر المضارب جهده كما خسر البنك ماله فلا يجوز تحميل المضارب الأضرار علاوة على ما خسره من جهد .

ز - قد تحتاج الشركات إلى تمويل رأس مال العامل وهي الأموال السائلة التي تحتاجها العملية لمقابلة الأجور والمصاريف وما في حكمها

وقد جاء في الفتوى رقم (٦) من فتاوى حلقات رمضان الفقهية لدله البركة :

يجوز تمويل رأس المال العامل بالطرق التالية :

أولاً : دخول الشركة طالبة التمويل بأصولها الثابتة والمتداولة كحصة لها في المشاركة وتكون حصة البنك الممول هي المبلغ الذي يتحدد بسقف معين ويكون السحب في حدوده ويوضع تحت تصرف الشركة طالبة التمويل ويكون طالب التمويل مضارباً وشريكاً بقيمة أصوله ويقسم الربح أو الخسارة على الطرفين بنسبة نصيب كل في المشاركة ثم يأخذ المضارب (الشركة) النسبة المتفق عليها من ربح البنك على أن تحدد قيمة الأصول عند بدء الدخول في عقد المضاربة ويكون البنك شريكاً بنسبة حصته في جميع أصول الشركة الثابتة والمتداولة وتجري الأحكام تبعاً لذلك .

ثانياً : دخول الشركة طالبة التمويل في المشاركة بأصولها المتداولة بعد تقييمها وتكون حصة البنك الممول على النحو السابق ولا تدخل الأصول الثابتة في المشاركة بل تؤجر للمضاربة وتكون الأجرة مصروفات على المضاربة وتجري الأحكام تبعاً لذلك وبذلك لايكون البنك الممول شريكاً في الأصول الثابتة ويقسم الربح أو الخسارة على الطرفين بنسبة نصيب كل في المشاركة ثم يأخذ المضارب (الشركة) النسبة المتفق عليها من ربح البنك .

ثالثاً : نفس الصورة السابقة مع عدم احتساب أجرة الأصول الثابتة للشركة طالبة التمويل بل تتبرع بها الشركة وتترتب تبعاً لذلك أحكام المضاربة والصيغ الثلاث مضاربة أذن فيها رب المال للمضارب بخلط مال المضاربة بماله .

ويرى الباحث أن هذا الأسلوب من التمويل ليس فيه ربا ولا تحديد لأرباح مسبقاً فهو خال من الغرر والجهالة والربا ومنضبط حسابياً ، وهو نتاج لفكر إسلامي معاصر وفيه توسعة على المسلمين وتنطبق عليه القاعدة الفقهية : (الأمر إذا ضاق اتسع) ، وفي حال عدم تيسير مثل هذا الأمر تحصل المشقة على الشركات ويلجؤون إلى الربا ، والقاعدة الفقهية تقول : (المشقة تجلب التيسير) .

الفصل الثالث

بيع السَّلم (١)

وهو إحدى الوسائل للتعامل التجاري وفقاً لمبادىء الشريعة الإسلامية وكانت الفكرة فـي الأصل تطبق على الإنتاج الزراعي ، لكنها امتدت فيما بعد بحيث شملت مختلف المجالات الاقتصادية :

أ - تعريف عقد السَلم :

السلم لغة : هو السلف وزناً ومعنى، والسلم لغةُ أهل الحجاز والسلف لغةُ أهل العـراق.
وسمي سلماً لتسليم رأس المال ، وسلفاً : لتقديم رأس المال ، وأسلمت إليه بمعنى أسلفت (٢)
ويسمى بيع المحاويج: لأنه بيع دعت إليه ضرورة كل واحد من المتبايعين.

والسلم شرعاً : اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وفي المثمن آجلاً، فالمبيع يسمى مسلماً فيه ، والثمن رأس المال، والبائع مسلماً إليه، والمشتري رب السلم . (٣)

ب - مشروعية السلم وحكمته:

تتضح مشروعية السلم من الكتاب، والسنة، والإجماع فمن القرآن: قولـه تعـالى: {وأحل ا البيع} [البقرة: ٢٧٥] فقد دلت على إباحة البيع، وهذا يشمل السلم ، لأنه يبيع من نوع مخصوص بشروط خاصة.

وقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدينٍ إلى أجلٍ مسمى فـاكتبوه} [البقـرة: ٢٨٢] والسلم نوع من الديون لأن المسلَم فيه ثابت في الذمة إلى أجل معين فتـدخل إباحته تحت عموم هذه الآية.

---

(١) أخذ بحث السلم والاستصناع مع الاختصار عن بحث الأستاذ محمد الزحيلي بعنوان عقد السلم والاستصناع في الفقه الإسلامي، والتمويل الاقتصادي. المقدم لندوة مؤتمر المستجدات الفقهية المعقود في عمان ١٩٩٤م .
(٢) انظر "المصباح المنير" للفيومي (سَلَمَ).
(٣) "التعريفات " للشريف الجرجاني ص ٥٣.

قال ابن عباس : هذه الآية نزلت في السلم خاصة ، وقال : أشهد أن الله تعـالى أحـل السلف المضمون إلى أجل وأنزل أطول آية في كتابه، وتلا هذه الآية (١).

ومن السنة : فقد وردت أحاديث كثيرة تفيد مشروعية السلف.

فقد أخرج البخاري (٢) عند ابن عباس رضي ا عنهما قال : " قدم النبيﷺ المدينـة ، وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث ، فقال عليه السلام: من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم ، إلى أجلٍ معلوم ".

فالرسول ﷺ رأى الناس يتعاملون بالسلمِ فأقرهم على ذلك، وأمـرهم بالتقيـد بـشروط محددة قطعاً لأسباب الخصام والمنازعة.

أما الإجماع (٣) : أجمع المسلمون على مشروعية السلم، وكان الصحابة رضوان ا عليهم استمروا في التعامل بالسلم في عهد النبيﷺ وأبي بكر وعمر رضي ا عنهمـا ولم ينكر ذلك أحد .

ج - الحكمة من مشروعيته:

الأصل هو النهي عن بيع المعدوم ولكن لرفع الحرج عن الناس بتوفير المـال للـزراع والتجار أحل الشارع هذا البيع مغتفراً الغرر اليسير ووضع له القيود التي تمنع المنازعة والخصومة .

د - أركان السلم وشروطه:

السلم من عقود المعاوضات المالية التي يتوقف وجودها الشرعي على أركان وشـروط حددها الشرع .

فأركانه عند جمهور الفقهاء ثلاثة:

١- الصيغة التي تفيد تعجيل الثمن وتأجيل المسلم .

٢- العاقدان اللذان يتم بينهما الإيجاب والقبول .

٣- البدلان وهما النقد المدفوع مقدماً والمسلم فيه .

ويشترط أن لايكون المسلم فيه مالاً ربوياً ، وتطبيق شروط البيع العامة .

---

(١) "نصب الراية" للزيلعي (٤٤/٤) "المستدرك" للحاكم (٢٨٦/٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٢٥)، ومسلم بنحوه (١٦٠٤).

(٣) "الإجماع " لابن المنذر برقم ٤٩٥ "بداية المجتهد" لابن رشد ١٣٩٥/٣١).

لعقد السلم شروط خاصة تعود إلى:

١ - العقد : يشترط في عقد السلم أن يكون خالياً من خيار الشرط والرؤية لأن هـذين الخيارين يمنعان ترتيب آثار العقد عليه حالاً، وهـذا يتنـافى مـع حقيقـة الـسلم وشروطه الأخرى وأهمها وجوب تسليم رأس المال في المجلس عند الجمهور.

وأجاز الإمام مالك خيار الشرط في السلم لمدة ثلاثة أيام ؛ لأنه أجاز تـأخير دفـع رأس المال إلى ثلاثة أيام (١).

٢- شروط رأس مال السَلم : ويشترط فيه أمران:

أ - أن يكون رأس مال السلم معلوماً : بالوصف النافي للجهالـة الفاحـشة المؤديـة للمنازعة .

ب - أن يسلم رأس المال في مجلس العقد وأن يقبض فعلاً قبل افتراق العاقدين لحديث ابن عباس السابق : "من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجـل معلوم" .

٣- شروط المسلم فيه : ترجع إلى خمسة أمور:

أ - أن يكون المسلَم فيه ديناً موصوفاً في الذمة، لأن توفر هذا الـشرط هـو الباعـث الرئيسي لمشروعية السلم واستثنائه من البيع المطلق .

ويتحقق هذا الشرط بأن يكون المسلم فيه مما يضبط بالصفات من المثليات، وهي : المكيلات ، والموزونات ، والمزروعات ، والعددي المتقارب والقيميات التي تقبـل الانضباط بالوصف (٢) أو مانسميه اليوم بالمواصفات أو النموذج أو الكتالوج .

وإنما اشترط في المسلم فيه أن يكون ديناً في الذمة ليستطيع المـسلم إليـه- أي البائع- أن يقوم بتسليم المبيع عند حلول الأجل على الصفات المشروطة في العقد .

١- "حاشية الدسوقي" (٣١٢/٣)، "بدائع الصنائع" للكاساني (٣١٤٨/٧)، "فتح القدير" لابن الهمام (٣٤٣/٥).

٢- فتح القدير" (٣٤٢/٥) "حاشية ابن عابدين" (٢٢١/٥)، "حاشية الدسوقي" (٣/ ١٩٥٠) "المغني" لابن قدامة (٣٣٤/٤)، "كشاف القناع" للبهوتي (٣٠٤/٣)، "روضة الطالبين" للنووي (٣/٤)، "مغني المحتاج" للشربيني (٢١٠/٣).

ب - أن يكون المسلم فيه مؤجلاً إلى وقت معلوم . (١)

فإن اتفاق الفقهاء منعقد على وجوب العلم بالأجل إن كـان الـسلم مـؤجلاً عمـلاً بالنصوص الشرعية. لأن جهالة الأجل تؤدي إلى المنازعة والاختلاف.

ج - أن يكون المسلم فيه معلوم القدر والصفات. أو بالتعبير المعاصر المواصفات التي تميزه عن غيره وتنفي الجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع.

د- أن يكون المسلم فيه عام الوجود عند حلول الأجل ليكـون مقـدوراً علـى إيفائـه وتسليمه .

وقال جمهور الفقهاء : بجواز السلم على المعدوم وقت العقد، وإنمـا يكتفـى بـأن يكون المبيع مقدور التسليم وقت حلول الأجل (٢).

ويجوز السلم على شيء واحد على أن يقبضه على دفعات متتالية أو فـي أوقـات متفرقة، وهذا يناسب عصرنا في تسليم البضائع علـى دفعـات حـال إنجازهـا أو تحضيرها .

هـ - تعيين مكان الإيفاء : لأن المسلم فيه يحتاج عادة إلى مؤونة في نقله، لبيان حقوق كل من المتعاقدين وواجباتهما دفعاً للمنازعة.

والراجح : إن اتفق المتعاقدان على مكان التسليم عمل به وإلا فمكان العقـد لأن سكوتهما دليل على رضاهما بتسليم المسلم فيه في محل العقد.

ح - ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز:

اتفق الفقهاء على مشروعية السلم في المكيلات، والموزونات لأنها مما يمكن أن تضبط وتتوفر فيها الشروط السابقة، فتدخل في نطاق "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم" .

وإنما صدر لفظ الكيل والوزن في الحديث للتمثيل لا للحصر في الجواز وعدمـه وذلـك لشيوعها ولكثرة السلم فيها. فيصح السلم في كل ما يضبط ويحدد وصفه لمنع المنازعة عند التسليم .

---

١ - "المغني " لابن قدامة (٤/ ٣٢٨)، "حاشية الدسوقي" (٤/٢٠٥).

٢- "روضة الطالبين " للنووي (٤/١١)، "كشاف القناع" للبهوتي (٣/٣٠٣).

ط – حكم السلم وآثاره :

يقتضي عقد السلم أن ينتقل ملك رأس المال إلى المسلم إليه وأن ينتقل ملك المسلم فيه المؤجل إلى رب المال (المشتري)، ولذلك يقوم رب السلم بتسليم رأس المال في مجلس العقد عند جمهور الفقهاء إلى المسلم إليه، وله حق التصرف فيه كما يشاء.

أما رب السلم فإن ملكيته للمسلم فيه غير تامة، لأنه ما زال في ذمة المسلم إليه ولأنه غير متعين. وعلى ذلك فلا يجوز له بيعه أو التصرف فيه ، وأرى إذا أمكن التعيين بوصف دقيق كشقة في عمارة في دور معين يجوز التصرف فيه ، لأن العلة هي عدم التعيين فإذا كانت مما يتعين كشقة في موقع محدد ومواصفات محددة وسعر محدد ومسجلة تسجيلاً يقطع الخصومة فقد زالت العلة والحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً .

ي - مجالات تطبيق عقد السلم :

يمتاز عقد السلم باستجابته لحاجات الناس على اختلاف مجالاتهم سواء كانوا من المنتجين الزراعيين، أم الصناعيين، أم المقاولين، أم التجار.. إلخ. فيقدم بذلك تمويلاً لنفقات التشغيل المختلفة. وهو وسيلة جيدة تغني المسلمين عن بعض صور الربا فيستطيع المصرف الإسلامي تمويل التجار والصناع بهذا الأسلوب .

ك – تطبيقات معاصرة على السلم :

أ - تقدم بنك بسؤال عن جواز تحديد ثمن المسلم فيه بسعر سوق معين أو سـعر ذات السوق ناقصاً ١٠% أو بسعر السوق بتاريخ التسليم .

وجاء في الفتاوى الشرعية للاقتصاد لمجموعة دلـه البركة الفتوى رقم (١) :

أن الأصل في بيع السلم تحديد الثمن ، فإذا حدد الثمن سواء كان بسعر الـسوق أو أقل أو أكثر شريطة أن يكون سعر الحال فيجوز ، أما إذا اشترط على سعر مستقبلي فلا يجوز ، لأنه تعليق للسعر على أمر مستقبلي مجهول .

ويرى الباحث أن : القاعدة الفقهية تقول : (ضم المعلوم إلى المجهول يصير الكـل مجهولاً) و (جهالة الثمن موجبة لبطلان البيع) .

ب - قاعدة اليقين لا يزول بالشك :

١- تعاقد رجل مع مصدر قطع غيار من يوغسلافيا بعقد سلم أثناء الحـرب والحـصار مضروب على يوغسلافيا ، وحيث أن القدرة على تسليم المبيع شرط لانعقاد عقـد السلم وصحته فلا يصح التعاقد لأن اليقـين لايـزول بالـشك لأن الحـرب قائمـة وانتهاؤها أمر مشكوك فيه .

٢- تعاقد تاجر على شراء منتجات اختراع جديد ولم يحصل علـى تـرخيص الإنتـاج بالرغم من أن المنتج جرب وقطع مراحل التجربة وفقاً للأنظمة السارية ولم يبق إلا الترخيص الرسمي كإجراء شكلي فالعقد جائز لأنه على شيئ موجود وجرب ومسألة تسجيله مسألة إجرائية وهي في حكم اليقين واحتمال عدم الترخيص أمر مـشكوك فيه فالعقد جائز لأن اليقين لايزول بالشك . وتقاس المسألة على بدو صلاح الثمرة في سلم المزروعات .

٣- اشترى رجل بضاعة من مصنع متخصص ينتج سلعاً محددة المواصفات ومشهورة بعقد سلم ودفع الثمن نقداً وتحدد موعد التسليم بعد ستة أشهر ، وعن للمشتري أن يبيعها لرجل آخر بنفس المواصفات وبثمن يزيد ٥% فهل يجوز ذلك ؟

وقد عرضت أسئلة مشابهة في كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي وصدرت الفتوى (١٩) التي تنص على أنه لايوجـد خـلاف بـين العلماء في تحريم هذا البيع .

ويرى الباحث أن الزمن تغير والظروف تغيرت والعقد الأصلي سليم الأركان فالثمن معجل والبضاعة مؤجلة منضبطة بمواصفات مشهورة ، والصانع معلوم فلا يكتنف عقد البيع هذا أي غرر أو جهالة بالثمن أو المثمن مما يثير أية خصومة أو منازعة فما وجه التحريم ؟

ولا يمكن قياس المصنوعات الحالية على بدء صلاح الثمرة لأنها أكثر يقيناً من بدو صلاح الثمرة ، وليست معرضة لجوائح كما تتعرض الزروع وإن ظهر فيها عيب مستقبلاً فيكون تحت ضمان الصانع لأن العيب نتيجة خطأ في عمله ، فعلى مايبدو لي أن علة منع بيع السلم في المزروعات هي الشك في التسليم فيصبح المبيع معدوماً ولكن طالما أن المنتجات الصناعية تختلف في هذه العلة فلا أرى مانعاً شرعياً من بيعها فهو بيع موصوف مؤكد في الذمة وتنطبق عليه قاعدة : (اليقين لا يزول بالشك) فإمكانية الصناعة والتسليم في الموعد المحدد تشابه بيع المعلوم و (ما قارب الشيء أعطي حكمه) .

ولخلو هذه العملية من الموانع الشرعية كالغرر الجسيم والجهالة وخلوه من مبادلة الأصناف الربوية فهو مباح لأن فيه تيسيراً على المسلمين و (المشقة تجلب التيسير) و (الأصل في العقود الصحة) كما أن (الأصل في الأشياء الإباحة) .

ولأن القصد هو تجنب الحرام فتنطبق عليه قاعدة (الأمور بمقاصدها) أيضاً .

ج - تعاقد رجل مع مورد معدات بعقد سلم لتوريد عشر آلات لضخ المياه على أن يتم دفع الثمن عند توريد المعدات ، ولأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فهذا لايعتبر بيع سلم لأن بيع السلم يشترط فيه تعجيل الثمن وتأجيل المبيع وإنما هي مواعدة بالبيع والشراء .

د - يوجد مصنع ياباني لسحب وتشكيل قضبان الحديد يحتاج إلى تمويل لشراء كتل الحديد اللازمة ويحصل عادة على التمويل اللازم من البنك بالفائدة لأجل يمتد حتى تاريخ تسويق منتجاته ففي مثل هذه الحال يقوم المصرف الإسلامي بعرض التمويل اللازم على أساس عقد السلم فيأخذ مقابل التمويل المنتجات المصنعة من قضبان الحديد وتبرمج مواعيد وأمكنة التسليم ويتفق مثلاً أن يكون التسليم فوق ميناء التصدير أو فوق ميناء الاستيراد، وفيما بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ التسليم يمكن للمصرف الإسلامي أن يجري عقداً أو عقود سلم مع مستثمرين آخرين يكون المصرف فيها في موقف المسلم إليه (البائع) حيث يلتزم بتوريد قضبان حديد

مماثلة لقضبان الحديد التي أبرم عقد السلم عليها من المصنع وذلك بشروط مماثلة لعقده مع المصنع أو بشروط معدلة ، كما يمكن للمصرف بدلاً من ذلك أن ينتظر حتى تسليم القضبان فيبيعها للموردين في البلد المستورد أو لتجار التجزئة بثمن حال أو مؤجل وعلى العكس من الصورة السابقة يمكن أن يسبق زمنياً عقد السلم الذي يبرمه المصرف مع المستثمرين ويكون فيه مسلماً إليه ملتزماً بقضبان الحديد عقد السلم الذي أبرمه المصرف مع المصنع الياباني وكان المصرف فيه في موقف المسلم (المشتري) ويمكن للمصرف التوغل لمرحلة سابقة بأن يقوم بإبرام عقد سلم مع مصنع للصلب ينتج كتل الحديد ويحتاج لتمويل شراء خام الحديد حيث يقوم المصرف بالتمويل النقدي في مقابل الحصول على كمية مناسبة من كتل الحديد يتم بيعها لمصنع القضبان وتنطبق عليه القاعدة الفقهية : (الأمور بمقاصدها) و (الأصل في العقود الصحة) .

الفصل الرابع

الاستصناع

أ - تعريفه :

الاستصناع لغة : طلب الصَنعة ، والصنعة عمل الصانع ، والصناعة حرفة الصانع، وعمله (١).

واصطلاحاً: طلب العمل من الصانع في شيء خاص، لقاء عوض معلوم.

فهو عقد بين شخصين يطلب منه أحدهما وهو المستَصنِع من الآخر وهو الصانع - كالنجار والحداد- أن يصنع له شيئاً معيناً بأوصافٍ مخصوصة لقاء ثمن معين ينقده إياه، أو يتفقان على تأجيله، أو تقسيطه كالاتفاق على صنع الأثاث ، والمكاتب ، والملابس .. والسيارة ، والسفينة والطائرة .. إلخ ، مما يتعامل به الناس، ويكون العمل والعين "المواد الأولية" من الصانع.

ب - صورته:

أن تطلب حكومة دولة كالمملكة العربية السعودية مثلاً من شركة أقمار صناعية صناعة قمر صناعي بصفات معينة وخصائص متميزة محددة التي ترغب بها وفق حاجياتها ومتطلباتها بثمن معين ، في مدةٍ محددة - سنة مثلاً - فتقبل الشركة وتوقع الاتفاق معها.

ج - مشروعيته:

اتفق الفقهاء على مشروعية الاستصناع ولكنهم اختلفوا في تكييفه الفقهي الذي انبنت عليه المشروعية.

فذهب جمهور الفقهاء من مالكية ، وشافعية ، وحنابلة إلى القول بمشروعيته قياساً على السلم، فاعتبروه أحد أنواع السلم ، واشترطوا فيه شروط السلم وطبقوا عليه أحكامه ولا يرونه عقداً مستقلا . (٢)

وقال جمهور الحنفية بمشروعية الاستصناع باعتباره عقداً مستقلاً، له أحكامه الخاصة.

وإنما كان جوازه استحساناً على خلاف القياس لتعامل الناس به من لدن رسول الله ﷺ وتعارفهم عليه في سائر البلدان من غير نكير من أحد. والعرف أحد مصادر الفقه الإسلامي فكان ذلك دليلاً على الجواز فيترك به القياس.

١- انظر مادة (صَنَعَ) في "القاموس المحيط" للفيروز أبادي، و "المصباح المنير" للفيومي.

٢- "حاشية الدسوقي" (١٢٧/٣)، "روضة الطالبين" للنووي (٢٥/٤) ، "كشاف القناع" للبهوتي (١٦٤/٣).

وصح أن رسول الله ﷺ استصنع خاتماً . عندما أراد أن يكتب إلى رهط وأناس من الأعاجم ، فقيل له : إنهم لا يقبلون كتاباً إلا عليه خاتم فاتخذ الرسولﷺ خاتماً من فضة نَقْشُه (محمد رسول اللّه) وعليه حصل الإجماع. (١)

أما من المعقول فإن الاستصناع يحقق رغبات الناس، ويساعد الصانع على الإنتاج والعمل، ويدعم الحركة الصناعية، ويفيد الأفراد والمجتمع والأمة والدولة، ويحتل مكانة رفيعة في عصرنا الحاضر وتزداد الحاجة إليه نظراً لتطور الصناعات والتقنيات تطوراً كبيراً .

لذلك شرع لسد حاجات الناس ومتطلباتهم: ذلك أن الناس يحتاجون إلى مصنوعات خاصة من جنس مخصوص ، وصفات مخصوصة ، وقلما يجدون ذلك مصنوعاً وجاهزاً فيلجأون إلى استصناعه ، فلو لم يجز الاستصناع لوقع الناس في الحرج والضيق والمشقة وهذا مرفوض شرعاً ، والقاعدة الفقهية تقول : (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) .

د - التكييف الشرعي للاستصناع :

اختلف الفقهاء في إعطاء الوصف الشرعي للاستصناع .

فالاستصناع يجمع بين عدة عقود. فهو يشبه السلم لوروده على مبيع غير موجود عند العقد، ويشبه البيع المطلق لأن الثمن في الذمة ولا يجب تعجيله، ويشبه الإجارة لجواز تأجيل الأجرة، وفيه بيع مواد العمل.

هـ - أركان عقد الاستصناع :

أركان عقد الاستصناع عند الجمهور ستة، وهي: العاقدان، والمحل، والثمن، والإيجاب، والقبول كالسلم.

وقال الحنفية : ركنه الصيغة فقط، فينعقد بمجرد الإيجاب والقبول.

وقال أكثر الحنفية: إن محل العقد هو العين المصنوعة ويأتي العمل تبعاً لها، ولا ينحصر عقد الاستصناع فيما يصنعه البائع بعد التعاقد، فإن جاء الصانع بالمعقود عليه من صنع غيره، أو مما صنعه قبل العقد جاز إذا كانت العين مستكملة المواصفات المطلوبة ؟ لأن المعقود عليه هو دين في الذمة والمهم تحقق المواصفات للمستصنع.

وقال بعض الحنفية: إن المعقود عليه هو العمل ولا يقبل المصنوع إلا إذا صنعه بنفسه بعد العقد لأن كلمة الاستصناع تدل على أنه عقد على عمل فالاستصناع طلب الصنعة والعمل لغة ، فلو لم يكن الاستصناع عقد عمل لما جاز أن ينفرد بالتسمية (٢).

١- أخرجه اللبخاري (٥٨٧٢)، ومسلم (٥٨) ، والترمذي (٢٥٣٣) ، وأبو داود (٤٢١٤) كلهم من حديث أنس

٢- "فتح القدير" لابن الهمام (٣٥٥/٥)، "المبسوط " للسرخسي (١٣٩/١٢).

و - شروطه :

يشترط في الاستصناع أربعة شروط:

١ - أن يكون المصنوع معلوماً علماً مانعاً من الجهالة المفضية للمنازعة ، ويجوز الاستصناع في الأموال القيمية التي تصنع بمواصفات خاصة بحسب رغبة المستصنع، لكن بشرط أن تنضبط بالوصف .

٢- أن يكون المصنوع مما يجري التعامل بين الناس على استصناعه، ويتعارفونه في حياتهم ، وهذا ما صرحت به مجلة الأحكام العدلية : "كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سَلماً ، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم " (١).

٣- أن تكون المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من الصانع، فإذا كانت من المستصنع كان العقد إجارة لا استصناعاً.

٤- يشترط بيان مكان تسليم المبيع حتى لا يقع النزاع والخِصام عند الاستلام . (٢)

ز - حكم عقد الاستصناع :

ويظهر الأثر المترتب على عقد الاستصناع في ثبوت ملك المستصنع في المبيع- العين المصنوعة في ذمة الصانع بحسب الصفات والشروط المتفق عليها - ويثبت الملك للصانع في الثمن المتفق عليه.

ح - صفته:

والاستصناع عند أكثر الحنفية عقد غير لازم قبل الصنع كما أنه غير لازم بعد الفراغ من الصنع وقبل رؤية المصنوع فيثبت لكل من المتعاقدين الخيار في إمضاء العقد، أو فسخه والعدول عنه، فيحق للمستصنع أن يفسخ العقد في أي وقت شاء قبل الرؤية، وله فسخه عند الرؤية، لأنه اشترى ما لم يره. كما يثبت الخيار للصانع قبل الشروع في العمل وبعده ما دام الشيء المصنوع في يده، ولم يقدمه إلى المستصنع، فإن قدمه سقط خياره. وعلى ذلك فلو باع الصانع المصنوع لآخر قبل تقديمه للمستصنع جاز، لأن العقد غير لازم، ولأن المعقود عليه ليس هو عين المصنوع، وإنما مثله في الذمة.

١- مجلة الأحكام العدلية مادة رقم ٣٨٩.

٢- "حاشية ابن عابدين " (٢٣٦/٥، ٢٣٨)، "فتح القدير" ابن الهمام (٣٥٥/٥)، "بدائع الصنائع" للكاساني (٢٦٧٨/٦- ٢٦٧٩)، "قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي" للدورات ١-١٠ قرار رقم ٦٥ (٧/٣)

فإن انتهى الصانع من صنع العين على الصفة المشروطة ورآه المستصنع أصبح لازمـاً للبائع دون المشتري الذي يثبت له خيار الرؤية.

وقال أبو يوسف : إن الاستصناع عقد لازم، وليس لأحد العاقدين الرجوع فيه إلا برضـا الآخر إذا توفرت فيه - أي المصنوع - الشروط المتفق عليها. وقد أُخذ بهذا الرأي لمنع المنازعات بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن الصانع، لأنه صَنَعَه تحقيقاً لرغبة المستصنع التي قد لا تتفق مع أغراض بقية الناس.

ولكن لا يلزم الرد إلا إذا قدم الصانع المصنوع على غير الوصف المتفق عليه (١).

ط - الشرط الجزائي في عقد الاستصناع:

يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً . بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لـم تكن هناك ظروف قاهرة ، ونظراً لتغير الزمان وكثرة التحايل والمماطلة من الصناع فقـد أتى بعض العلماء بالشرط الجزائي

يقول الشيخ مصطفى الزرقا (٢) : (وقد ازدادت قيمة الزمن فـي الحركـة الاقتـصادية، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته فـي مواعيـدها المـشروطة مضراً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل) .

فلو أن متعهداً بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر عن تـسليمها إليـه فـي الموعد الضروري لتعطل المعمل وعماله، وكذلك لو تأخر الصانع عن القيام بعملـه فـي وقته لتضرر المستصنع بخسارة وقد تكون فادحة.. ولا يعوض هذا الضرر القضاء علـى الصانع بتنفيذ التزامه الأصلي، لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه وليس فيه جبر لضرر التعطل أو الخسارة، ذلك الضرر الذي يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاوناً منه أو امتناعاً، وهذا ما ضاعف احتياج الناس إلى أن يـشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه. ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي الشرط الجزائي. وأصبح الشرط الجزائي متعارفاً بين الصناع وفي كل المقاولات وحافزاً قوياً يدفع على احترام المواعيد وخير معين علـى تنظيم سير الحركة الاقتصادية في كل بلد..

١- "بدائع الصنائع" للكاساني (٢٦٧٩/٦- ٢٦٨٠)، "فتح القدير" لابن الهمام (٣٥٥/٥ - ٣٥٦٢)

٢- "المدخل الفقهي العام" للزرقا (٧١٠/٢-٧١١) فقرة رقم ٣٨٦

وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي الشرط الجزائي في عقد الاستصناع حيث جاء في قـرار دورته السابعة بشأن الاستصناع في البند (رابعاً) : (١) .

(يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة) .

وعلى هذا الأساس يجوز في عقد الاستصناع أن يـشترط المستـصنع أن يخـصم مـن استحقاقات الصانع لديه مبلغاً محدداً عن كل يوم تأخير في تسليم المصنوع جـاهزاً فـي موعده، ولكن لا يزاد في تقدير المبلغ عن حدود الضرر المتوقع.

وإذا حصل التأخير المذكور حق للمستصنع أن يطالب بالخصم، ما لم يكن التأخير متـسبباً عن ظروف قاهرة، أو عن تأخير المستصنع دفع الأقساط، أو غير ذلـك مـن تـصرفات المستصنع.

ويجوز للصانع أيضاً اشتراط مثل ذلك في حال تقصير المستصنع في أداء التزاماته غيـر المالية. ولا يجوز أن يشترط ذلك في حالة التقصير في أداء الالتزامات المالية لأن ذلك يـؤول إلى الربا (٢).

ي - غرامات التأخير وتناسبها مع الضرر الفعلي :

في عقود الاستصناع والمقاولات أجاز الفقهاء احتجاز مبالغ بصفة شـرط جزائـي عـن التأخير، فإذا كانت هذه المبالغ معادلة للضرر الفعلي أو أقل فتكون من حق المستصنع أو صاحب المشروع أما إن كانت أكثر فيجب أن يعاد الفرق إلى أصحاب تلـك المبـالغ ، إذ يجب أن يكون التعويض المشروط في حدود الضرر المتوقع حسب العرف السائد وغيـر مبالغ فيه فإذا حصل إخلال بالالتزام وطبق الشرط الجزائـي الموجـب للتعـويض فـإن لمستحق التعويض أخذ المبلغ المحدد في العقد ولو كان الضرر الفعلي أقل منه.

هذا ماجاء في الفتوى رقم (٣٠٠) ورقم (٤٣٧) لبيت التمويل الكويتي . (٣)

١- مجلة المجمع (العدد السابع - ج٢ ص٢٢٣)

٢- "قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي" للدورات ١-١٠ ص١٤٥ ، للتوسع في مجال الاستصناع ينظر باب الاستصناع من كتب المذاهب الفقهية .

٣- (فتاوى الاستصناع والمقاولات والسلم - جمع وتصنيف د. أحمد محي الدين - دله البركة ص٩٣ - ٩٤)

ك - مجالات التطبيق :

يمكن للمؤسسات المالية الإسلامية ممارسة هذا الأسلوب في عدد من الأصول والمعدات الصناعية والزراعية حيث تستفيد بهذا الأسلوب من بقاء الأصول على ملكها والحصول على الأجر مقابل بيع منافعها، كما تستفيد الجهات المستأجرة بتغطية حاجياتها وتحقيق أغراضها في الأوقات المناسبة ودون تحمل نفقات رأسمالية كبيرة.

وتستطيع المؤسسات المالية الإسلامية استخدام هذا الأسـلوب بطـريقتين، الأولـى أن تشتري بضاعة ما بعقد استصناع ثم بعد أن تتسلمها تقوم ببيعها بيعاً عادياً بثمن نقـدي أو مقسّط أو مؤجل بأجل، كما يجوز لهذه المؤسسات أن تدخل بعقد استـصناع مـواز بصفتها بائعاً مع جهة أخرى لتصنيع السلعة المطلوبة.

ويمكن أن يكون الاستصناع الأول حالاً أو مؤجل الثمن ، وكذلك الاستصناع المـوازي. فعقد الاستصناع يفتح مجالاتٍ واسعة في حقل الاسـتثمار والقـانون التجـاري وأمـام المصارف والمحولين وأصحاب الأموال لتمويل الحاجات العامة والمصالح التي يحتاجها المجتمع والأمة للنهوض بالاقتصاد.

ل – تطبيقات معاصرة على بحث الاستصناع :

أ - يتقدم بعض ملاك الأراضي بطلب بناء مساكن على أراضيهم على أن يدفعوا قيمة البناء على أقساط وأن يتولى البنك التعاقد مع المقاول ويتولى الإشراف عليه وتسليمهم المباني تسليم مفتاح (جاهزة) على أن يدفع طالب البناء ٢٥% ثم الباقي على أقساط شهرية إلى ثلاث سنوات أو أكثر .

وقد جاء في الفقرة رقم (٢٤٨) من الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي : أن هذا العقد يعتبر عقد استصناع ولا يوجد مانع شرعي من تقسيط القيمة .

ويرى الباحث أن هذا النوع من العمليات يحتاج إليه الناس للسكن وهو ضرورة من ضروريات حياتهم (فالحاجة تنزل منزلة الضرورة) طالما أن الربا والغرر والجهالة منتفية ، كما أن العوضين معلومان لكل منهما .

ب - تقدم أحد التجار إلى بنك إسلامي طالباً تمويلاً لبناء مخزن على أرض بسعر التكلفة زائداً عليها ربحاً معلوماً على أن الذي سيتولى عملية البناء أحد المقاولين ، وسيقوم المصرف بإضافة ربح معلوم فوق تكاليف المقاول .

وقد جاء في الفتوى رقم (٣٣) في فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي :

إن هذه العملية لايمكن اعتبارها مرابحة بل تعتبر استصناعاً ، فعلى المصرف الاتفاق مع المقاول على البناء، ثم يضيف أرباحه ، ويبلغ التاجر بالسعر النهائي بدون ذكر تفاصيل أخرى.

ويرى الباحث أن للمرابحة شروطاً لم تتوفر في هذه العملية لأنه يجب على البنك شراء المواد ومتطلبات البناء ودفع الأجور لذلك كان الأنسب مراعاة الشروط وفقاً للقاعدة الفقهية (يلزم مراعاة الشروط بقدر الإمكان) ولأن هناك حلاً إسلامياً تنطبق عليه الشروط فالقاعدة الفقهية تقول (إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل) .

ج - تقدم أحد التجار إلى بنك بطلب تمويل بناء عمارة سكنية تكلفتها في حالة الدفع عاجلاً (٣) مليون دينار ، وفي حالة التسديد بعد سنتين يصبح ثمنها مقسطاً (٤) ملايين دينار ، وفي حالة الدفع بعد ثلاث سنوات تصبح القيمة (٤٫٥) مليون دينار، فهل يجوز عقد الاستصناع مختلف القيمة حسب المدة ؟

جاء في الفتوى رقم (٣٢٣) من كتاب الفتاوي الشرعية للمسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي مامعناه : لا مانع في التعاقدات الآجلة مـن إعـلام العميـل بالأسـعار المختلفة تبعاً للآجال خلال المفاوضات على أن تستقر العملية على سـعر واحـد عنـد التعاقد .

ويـرى الباحث أن مسألة التقسيط أصبحت من حاجات النـاس اليـوم والقاعـدة الفقهية تقول : (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) ولأن هذا العقد لايشتمل على غرر أو جهالة أو ربا فتنطبق عليه القاعدة الفقهية : (الأصل في الأشياء الإباحة) .
ولأن العقد أبـرم على سعر محدد وزمن محدد ومواصفات محددة فتنطبق عليـه القاعدة الفقهية : (الأصل في العقود الصحة) .

د - تقدم بنك بسؤال إلى الهيئة الشرعية : أنه بصدد شراء شقق محـددة المواصـفات والعمل جار في بنائها ، فهل يجوز له أن يبيع الشقق بنفس الشروط بالثمن الذي يتفق عليه قبل تمام بنائها واستلامها .
وجاء في الفتوى الشرعية (٣٣٦) في كتاب الفتـاوى الـشرعية لبيـت التمويـل الكويتي مامعناه :
أنه لايجوز بيع الشقق المشتراة بعقد استصناع قبل استلامها لأن هذا بيع المعدوم وأنها غير موجودة فعلاً .
ويـرى الباحث أنه يجوز لأن عقد الاستصناع أصلاً بيع موصوف في الذمة وطالما أن الوصف متحقق والمواصفات معلومة فهذا يقطع المنازعة ، وفيه تيسير علـى الناس و (المشقة تجلب التيسير) ، ومن المعلوم أن استثناء المـصطفىﷺ لبيـع السلم كان للتيسير فلماذا نقبل عقد البنك ابتداء ولم نمنعه بحجة أنه معدوم ؟
ثم نمنع البيع التالي بحجة أنه معدوم فالأصل في الاستصناع والـسلم أنـه بيـع موصوف في الذمة معجل فيه أحد العوضين .

هـ - تقدم أحد التجار إلى بنك بطلب بناء عمارة على أرض محددة ، فاشترط البنـك أن ترهن الأرض وماعليها لديه وأن يتولى هو إدارة العمارة وتأجيرها لحين تـسديد ثمن البناء .
وجاء في الفتوى رقم (٥٤) في فتاوى الهيئة الشرعية لبنك دبـي الإسلامي مـا معناه : أنه لامانع من الرهن ومن توكيل البنك في الادارة استيفاء لحقوقه .

ويرى الباحث أن هذا الأمر تم بالتراضي بين الطرفين وليس فيه غرر أو جهالة وأصبح من العرف الجاري في المعاملات المعاصرة فتنطبق عليه القاعدة الفقهية : (العرف الجاري في المعاملات كالمشروط في العقد) و (الأصل في الأشياء الإباحة) مالم تصادم نصاً صريحاً .

و - تقدم شخص إلى بنك طالباً عقد استصناع عمارة وتمت موافقة البنك ، ثم تقدم ذات الشخص بطلب للبنك أن يقوم نفسه بعملية البناء لتوفر الخبرة في هذا المجال .
وجاء في الفتوى رقم (٤٨) في فتاوى الهيئة الشرعية لبنك دبي الإسلامي : أنه لايحبذ هذا العمل كعقد استصناع إذ يطلب طالب الاستصناع أن يتولى الصناعة ، ولكن لها تخريج آخر وهو المشاركة المناقصة المنتهية بالتماك بأن يقدم صاحب الأرض أرضه وعمله ، ويقدم البنك ماله ويتشاركان بنسبة ماقدم كل منهما .

ويرى الباحث أنه ينطبق على هذه المسألة القاعدة الفقهية (إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل) .
فالمشاركة المنتهية بالتمليك تحل محل الاستصناع طالما أن الأمر ليس فيه غرر أو جهالة وتم برضى الطرفين .

الفصل الخامس

المزارعة [1]

أ - تعريفها :

المزارعة لغة : على وزن مفاعلة من الزرع وهو الإنبات.

وفي الاصطلاح: عقد بين مالك: أرض ومزارع على أن يزرعها ويكون الخارج بينهما حسب الاتفاق وتسمى كذلك بالمحاقلة والقَراح، والمخابرة (٢).

وهي عقد فاسد عند أبي حنيفة والشافعية (٣)، لورود الأثر بالنهي عنها، وأجازها الإمام مالك وأحمد والشافعية لحاجة الناس إليها ولأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما تخرجه أرضها من ثمر وزرع (٤).

ب - شروطها:

يشترط فيها ما يأتي:

١- أهلية العاقدين لمباشرة عقود المعاوضات. فلا تصح مزارعة المجنون والصبي غير المميز والمرتد ؛ لأن تصرفاته موقوفة فلا تصح للحال عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين.

٢- بيان مدةٍ لها تتسع لزرع الأرض وإدراك ما يزرع فيها، فإذا لم تُبين مدتها فسدت وروي عن محمد أنها تصح وتقع على زراعة واحدة.

٣- صلاحية الأرض للزراعة، لأنها المقصودة من العقد.

٤- التخلية بين الأرض والمزارع، فإذا شرط على صاحب الأرض أن يعمل كذلك فسدت، لأن ذلك يحول دون التخلية ويؤدي إلى النزاع.

---

(١) انظر "أحكام المعاملات الشرعية" الخفيف (٥١٠-٥١٢).

(٢) "بدائع الصنائع" للكاساني (١٧٥/٦)، "حاشية ابن عابدين " (٢٩٢/٦)، "الشرح الكبير" للدردير (٣٧٢/٣ مع حاشية الدسوقي).

(٣) "حاشية ابن عابدين" (٢٩٢/٦)، "العناية" للبابرتي (٣٢/٨ بهامش فتح القدير" . "مغني المحتاج للشربيني (٣٢٤/٢)، "القوانين الفقهية، لابن جزي ص ٢٧٨.

(٤) رواه البخاري (٢٢٠٣، ٢٢٠٤).

٥- بيان نوع البذر الذي سيبذر في الأرض للزارعة، ومن عليه ذلك البذر من العاقـدين، ويكتفي في بيان ذلك بالعرف، فإذا كان العرف مشتركاً لا يعين أحد العاقدين فسدت.
٦- بيان نصيب كل منهما في الخارج.
٧- الشركة في الخارج فإذا ذكر ما قد يمنع الشركة فسدت، وذلك كاشتراط رفع الخـراج (١) من الخارج ابتداء أو رفع البذر، أو رفع أي مقدار معين، فقد لا يخـرج منهـا سوى ما اشترط رفعه ابتداء، فلا تتحقق الشركة في الخارج بين العاقدين (٢).

ج - حكمها:

وهي عقد لازم إلا بالنسبة لمن شرط عليه البَذر (٣)، قبل إلقائه في الأرض، فله حينئذ أن يستقل بفسخها حتى لا يجبر على إتلاف ماله وهو البَذر ببذره فـي الأرض، وقد ينبت وقد لا ينبت، وإذا نبت فقد تصيبه آفة.

وإذا صحت المزارعة كان الخارج من الأرض بين صاحبها والمزارع على ما شرطا، فإن لم تُخرج الأرض شيئاً فلا شيء للمزارع، إذ لا استحقاق له إلا في الخارج .

وإذا كانت فاسدة فمضى فيها العاقدان كان على صاحب البَذر أجر مثـل الأرض إن كـان المزارع، وأجر مثل المزارع إن كان مالك الأرض، سواء أخرجت الأرض شيئاً أم لا، ولا يزاد على ما شرط لهما في العقد للرضا به وهذا عند الشيخين.

وقال محمد : الواجب أجر المثل في الحالين بالغاً ما بلغ لفساد الرضا والتقدير بسبب فساد العقد، فإن خرج شيء من الأرض كان لصاحب البَذر، لأنه نماء ملكه (٤).

١- الخراج : شيء يوظف على الأرض أو غيرها (تحرير ألفاظ التنبيه) للنووي ص ٣٤٧.
٢- "بدائع الصنائع" (١٧٦/٦-١٨٠)، "تكملة الفتح مع العناية" (٣٤/٨)، "حاشية ابن عابدين" (٢٩٣/٦) ، "اللباب في شرح الكتاب" للغنيمي (٣٧٩/١ وما بعدها).
٣- البَذْر والبذر: أول ما يخرج من الزرع والبقل والنبات، وقيل: ما عزلَ من الحبوب للزرع والزراعة . "لـسان العرب" لابن منظور (بَذرَ).
٤- "الكتاب" للقُدوري (٣٨٠/١ مع اللباب).

د- انتهاؤها :

تنتهي المزارعة بانتهاء مدتها، فإذا انتهت والزرع لم يدرك بقي الزرع في الأرض وعلى المزارع أجر ما تشغله حصته في الزرع من الأرض وتكون النفقة حينئذ عليهما بقدر حصصهما.

وإذا مات مالك الأرض قبل الانتهاء والزرع باق وأراد المزارع المضي في عمله كان له ذلك ، وليس لورثة المالك منعه، كما أنهم لا يملكون إجباره حينئذ على المضي في العقد.

وإذا مات المزارع قبل إدراك الزرع كان لورثته أن يقوموا مقامه حتى يدرك، رضي بذلك مالك الأرض أو أبى، فإذا لم ير المزارع أو ورثته المضي في العقد في الحالين السابقتين كان لمالك الأرض الخيار في واحد من ثلاثة:

١- الإنفاق على الزرع ومحاسبة المزارع أو ورثته على ما يخصهم من النفقة، ثم قسمة الخارج بينهم على الشرط.
٢- قلع الزرع وقسمته في الحال على حسب الشرط.
٣- تملك حصة المزارع بقيمتها وقت إرادة ذلك فيخلص جميع الزرع له. (١)

هـ- التطبيقات العملية لعقد المزارعة (٢):

توجد هناك صورتان تطبيقيتان لعقد المزارعة بحسب الجهة التي توفر البذر والآلات.

فقد يكون ذلك من جانب صاحب الأرض الذي يصير مستأجراً للعامل يعمل له في أرضه ببعض الخارج. الذي هو نماء ملكه وهو البذر، ويكون المعقود عليه في هذه الحالة عمل المزارع.

وإما أن يكون تقديم البذر والآلات من جانب العامل الذي يصير مستأجراً للأرض ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر، ويكون المعقود عليه هنا منفعة الأرض.

---

(١) انظر في أحكام الانتهاء "اللباب في شرح الكتاب" للغنيمي (٣٨١/١)، و "بدائع الصنائع" للكاساني (١٨٤/٦ وما بعدها)، و "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي: (٦/ ٤٧٠).

(٢) "أدوات الاستثمار الإسلامي" لعز الدين خوجة ص ١٣١ وما بعدها.

و - الخطوات العملية لعقد المزارعة (١):

١ - صاحب الأرض: يقدم صاحب الأرض أرضه للمزارع.

(-) المزارع : يتسلم الأرض ليعمل فيها بجهده وخبرته.

٢- نتائج المزارعة:

(-) بعد زرع الأرض ينتظر الطرفان ما قد يخرج منها ليقتسما الناتج.

٣- إعادة الأرض لصاحبها:

(-) صاحب الأرض: يستعيد صاحب الأرض أرضه بعد نهاية عقد المزارعة أو يمكنه الاتفاق مع المزارع على تجديد المعاملة.

٤- توزيع الثروة الناتجة:

(-) في حالة ما إذا لم تخرج الأرض شيئاً ، يخسر صاحب الأرض منفعة أرضه، ويخسر المزارع مقابل جهده وعمله .

(-) في حالة تحصيل شيء، فإن الخارج من الأرض يقسم بين الطرفين بالنسبة التي يشترطانها ويتفقان عليها.

---

(١) "أدوات الاستثمار الإسلامي" لعز الدين خوجة ص ١٣٢-١٣٣.

ز – تطبيقات على بحث المزارعة :

١- تعاقد صاحب أرض ومزارع على زراعة أرضه على أن يقـدم المـزارع البـذور ولدورتين زراعيتين كاملتين على أن يكون لصاحب الأرض ثلثا الـربح والثـلث للمزارع ، فتحقق ربح في الدورة الأولى وتم الاقتسام . وفي الدورة الثانية حدثت جائحة ولم تثمر الأرض فطلب المزارع من مالك الأرض التعويض عن البذور فلا حق له في ذلك لأنه خسر البذور وخسر صاحب الأرض أجرة المثـل لأرضـه ، والقاعدة الفقهية تقول : (لا ضرر ولا ضرار) .

٢- تعاقد مالك أرض ومزارع على أن يزرع الأرض ويتحمل المزارع البذور والأدوات الزراعية وغيرها وشـرط المزارع أن الزكاة يدفعها صاحب الأرض ولا تخـصم من نصيب المزارع ، فهذه العملية فاسدة لأنها اشترطت شرطاً فاسداً وهو عـدم دفع أحدهما الزكاة التي هي فريضة في حقهما ، والقاعدة الفقهية تقول : (ضـم الفاسد إلى غيره يقتضي فساد الكل) .

٣- تعاقد صاحب أرض ومزارع على أن يمكـن مالـك الأرض للمـزارع زراعتهـا ويتقاسما الربح فاستخدم المزارع أجراء للعمل في الأرض وطالب مالـك الأرض بدفع أجورهم فلا حق له لأن المزارع هو المسئول عن العمل ، فإن استعان بغيره فهو مسئول عن دفع أجورهم ومن شرط المزارعة أن يكون العمل من المزارع ، والقاعدة الفقهية تقول : (يلزم مراعاة الشروط بقدر الإمكان) .

ملاحظة : جميع هذه التطبيقات افتراضية ابتكرها الباحث .

الفصل السادس

الإجــارة [1]

أ - التعريف :

الإجارة لغة : بيع المنفعة (٢).

وشرعاً: عقد يفيد تمليك المنافع بعوض، وتميزت عن البيع في كون محلهـا المنفعـة، ومحله المبيع، وهو لا يكون إلا عيناً كما نعلم.

فنرى أن معناها الشرعي هو معناها اللغوي، ولذا عرفها الحنفية بكونها: عقـد علـى المنافع بعوض (٣)، أو بيع منفعة معلومة بأجر معلوم (٤) وهذا ما جرى عليه تعريف الفقهاء للإجارة (٥)

ب - مشروعيتها :

اتفق الفقهاء على مشروعية عقد الإجارة بما ورد فيها من نصوص صريحة تدلل عليها سواء من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع.

فمن الكتاب : قوله تعالى: {فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن} [الطلاق ٦] وقولـه تعـالى حاكياً قول إحدى ابنتي شعيب عليه السلام : {قالت إحداهما يا أبتِ استئجره إن خير من استئجرت القوي الأمين . قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين علـى أن تـأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك} [القصص ٢٦-٢٨]

---

(١) انظر "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف ص ٤٨٤-٤٨٨.

(٢) "القاموس المحيط" للفيروز أبادي (أجَـرَ).

(٣) "حاشية ابن عابدين" (٦/٣-٤)

(٤) "البحر الرائق شرح كنز الدقائق" لابن نجيم (٢٩٧/٧).

(٥) راجع "الخرشي على مختصر خليل" (١/٧)، "مغني المحتـاج " للـشربيني (٣٣٢/٢) ، "كـشاف القنـاع" للبهوتي (٥٤٦/٣).

فكل واحدة من الآيتين فيها دلالة واضحة صريحة على مشروعية هذا العقد:
ومن السنة: قوله ﷺ : "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه" (١)
وروى ابن عباس رضي الله عنهما : "أن النبي ﷺ احتجـم وأعطى الذي حجمه ولو كـان حراماً لم يعطه) . (٢)

فورود النص من الرسول ﷺ على وجوب إعطاء الأجير أجرة عمله بالقول والفعل الصريح منه عليه السلام دليل على مشروعية عقد الإجارة.

أما من الإجماع:

فقد أجمعت الأمة منذ زمن الصحابة إلى يومنا هذا على جواز الإيجار لحاجة النـاس إلـى المنافع كحاجتها للأعيان المحسوسة (٣).

ج - صيغة العقد:

علمنا أن الصيغة مجموع الإيجاب والقبول، وهما ركنا عقد الإجارة ، فتصح بلفظ الإجـارة والاستئجار والاكتراء والإكراء. هذا عند السادة الأحناف. أما الشافعية والمالكية فيرون أن أركان الإجارة ثلاثة : العاقدان ، والمعقود عليه - المنفعة والأجرة - والصيغة. (٤)

والإجارة يفسدها التعليق، وقد تكون منجزة وقد تكون مضافة، فهي كالبيع تصح مع الشرط الصحيح، وتبطل بالباطل، ويفسدها الشرط الفاسد. كجهالة الأجرة وجهالة العمل كأن يقـول للعامل إن عملت اليوم فلك خمسون ريال وإن عملت غداً فلك أربعون ريالاً. أو يقول له لك مئة ريالا على أن تعمل عندي دون تحديد نوع العمل.

١- رواه غير واحد من الصحابة انظر تخريجه في نصب الراية (١٢٩/٤) وما بعدها ومعناه في البخاري أن رسول ا ﷺ قال : "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة.. ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره برقم (٢١١٤)

٢- أخرجه البخاري (١٩٩٧) و (٢١٥٩) ومسلم بنحو (١٢٠٢) .

٣- "بداية المجتهد" لابن رشد (٤/ ١٣٣٩)، "المغني" لابن قدامة (٦/ ٣).

٤- "مغني المحتاج" للشربيني (٢/ ٣٣٢)، "القوانين الفقهية" لابن جزي ٢٧٣.

د- العاقدان:

وهما المؤجر والمستأجر، ويقال للمؤجر مكر ومكـار وآجـر، وللمـستأجر مكتَـر. ويشترط فيهما ما يشترط في المتبايعين، من البلوغ، والعقل، والخلو عن حجر التصرف في الأموال وأن يكون غير محجور التصرف في المال، فلا تصح إلا من جائز التصرف فيه

هـ- العين المستأجرة ومنافعها:

الإجارة لا ترد إلا على منافع الأعيان، فمحل هذا العقد المنافع، وهي المعقود عليـه في عقد الإجارة، وقد أقيمت الأعيان مقام منافعها في عقد الإجارة، واعتبر وجودهـا وجوداً لمنافعها حتى يتحقق الارتباط بين المتعاقدين . ولأن الإجارة لا ترد إلا على المنافع لم يصح استئجار بستان لأجل ثمره، ولا إجارة أرض مملوكة لرعي ما فيها من الكـلأ، ولا إجارة بركة من الماء لصيد ما فيها من السمك، ومن هنا كانت إجارة المرضع مراعى فيها قيامها على شؤون الرضيع لا إرضاعه اللبن، وكان جوازها لحاجة الناس إليها.

و- أقسام الإجارة:

قسم الفقهاء الإجارة تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة.

فقد قسمت من حيث تعيين المحل وعدم تعيينه إلى:

١- إجارة العين.

٢- إجارة الذمة.

وقسمت من حيث المحل الذي تستوفى منه المنفعة إلى:

١- إجارة على منافع الإنسان.

٢- إجارة على منافع الأعيان.

أقسام الإجارة من حيث نوع المحل المعقود عليه:

اتفق الفقهاء على أن هذه الإجارة نوعان:

نوع ترد فيها الإجارة على منافع الأعيان وتسمى إجارة على المنفعة كإجارة الـدور والمنازل والسيارات والمعدات والمصانع بشرط أن تكون مباحة . ونوع تـرد فيـه الإجارة على منافع الإنسان أي على عمله، وتسمى إجارة على الأعمال.

---

(١) "الاختيار لتعليل المختار" لابن مودود (٢/٥٠).

ويمكن تقسيم إجارة المنافع إلى ثلاثة أقسام:

١- إجارة العقد : كإيجار الدور والأراضي والمنازل.

وهي تشمل الأعيان التي تستوفى منفعتها بالاستخدام بالسكنى، أو الزراعة، أو غيرها.

٢- إجارة الدواب كالإبل والخيل وما يلحق بها من سيارات وطائرات وسفن.

وهي تشمل الأعيان التي تستوفى منفعتها بالركوب والحمل.

٣- إجارة العروض : كالملابس والأواني والخيام وغيرها من المنقولات. وهي تشمل الأعيان التي تستوفى منفعتها بالاستعمال.

أقسام الإجارة من حيث تعيين المحل وعدم تعيينه.

قسم الفقهاء الإجارة إلى قسمين أحدهما إجارة معينة، وثانيهما إجارة موصوفة بالذمة.

١- الإجارة المعينة:

الإجارة المعينة هي التي يكون محلها معيناً بالرؤية والإشارة إليه أو نحو ذلك مما يميزه عن غيره، بحيث يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة منه بذاته سواء كان عيناً أو شخصاً.

٢- الإجارة الموصوفة بالذمة:

الإجارة الموصوفة بالذمة هي التي يكون محلها غير معين بل موصوفاً بصفات يتفق عليها مع التزامها في الذمة، بحيث لا تقتضي قيام المؤجر بتسليم نفسه أو تسليم عين معينة للمستأجر.

ومن أمثلتها الإجارة الواردة على منافع أعيان غير معينة كاستئجار سيارة صفتها كذا شهراً

ز - شروط المعقود عليه (١):

يشترط في المنفعة المعقود عليها ما يأتي:

١- أن تكون مباحة شرعاً .

٢- أن تكون معلومة عند التعاقد علماً تنتفي به الجهالة المؤدية إلى النزاع سواء كان العلم بها نتيجة للعرف أم لذكرها مع وصفها، أو مع الإشارة إليها.

٣- أن تكون المنفعة مقدورة التسليم بالقدرة على تسليم محلها وهو العين المستأجرة. ليتمكن المستأجر من استيفائها، فلو كان المؤجر عاجزاً عن تسليم المنفعة، حساً، أو شرعاً لم تصح الإجارة.

٤- ألا يكون بمحلها عيب يخل بالانتفاع أو يمنعه .

٥- أن يكون محل المنفعة معروفاً للمستأجر عند العقد .

٦- أن لا يكون في المنفعة استيفاء عين قصداً :

لأن الأصل في عقد الإجارة تمليك المنافع فلا تملك الأعيان. بعقدها قصداً .

١- "روضة الطالبين" للنووي (١٧٤/٥).

ح - بيان المدة في الإجارة:

إذا كانت المنفعة المعقود عليها قابلة للامتداد والبقاء ولا يكفي ذكر اسمها لتحديد مقدارها كالسكنى، والزراعة، واللبس والخدمة، وجب لتمام العلم بها ذكر مدتها حتى تكون معياراً لها ، ويكون هذا في استئجار المنازل والأراضي والأجير الخاص، فإذا أغفل ذكر المدة فيها فسد العقد.

ط - محل العقد في الإجارة:

محل عقد الإجارة قد يكون منفعة عين من الأعيان، كما في إجارة الأرض والدور والأواني والملابس والأسلحة والآلات والدواب والعربات وما إلى ذلك، وقد يكون عمل عامل، فيسمى العامل حينئذ بالأجير، كما في استئجار الخدم والصناع والأطباء والمحامين.

ي - حكم الإجارة (١):

إذا تم عقد الإجارة بتوافر أركانه وشروطه انعقد صحيحاً، وترتب عليه حكمه - أي أثره الشرعي- بمجرد انعقاده، وهو:

- ثبوت الملك للمستأجر في منفعة المؤجَر، وجواز تصرفه فيها واستيفائه لها.
- ثبوت الملك للمؤجر في الأجرة التي هي قيمة المنفعة التي ملكها المستأجر من حين العقد.

فإذا استوفى المستأجر شيئاً من المنفعة من استيفائه على ما بينا تملك المؤجر في نفس الوقت بدل ما استوفى على حساب ما اتفق عليه من الأجرة، ذلك لأن عقد الإجارة عقد معاوضة يقتضي التسوية بين المتعاقدين في تملك البدلين وتسلمهما حتى لا يكونا جميعاً في ملك أحدهما في وقت واحد إذا ما سبق أحدهما الآخر بتملك بدل صاحبه، وحتى لا يمتاز أحدهما بأسبقية تسلمه لما تملك.

---

(١) انظر "أحكام المعاملات الشرعية" للخفيف (٤٩٩-٥٠١).

ك - هلاك العين المؤجرة :

فرق الفقهاء بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي للعين المؤجرة ، فبالهلاك الكلي تصبح العين المؤجرة غير قابلة للانتفاع بها تماماً ، أما في الهلاك الجزئي فقد يتمكن المستأجر من الانتفاع من الجزء غير التالف من العين ، ولكن يكون هذا الانتفاع منقوصاً غير كامل.

كما ميز العلماء في ذلك بين كون الإجارة واردة على عين معينة أو على عين موصوفة في الذمة، فإذا كانت الإجارة على عين معينة كدار أو سيارة معينة فإن العقد ينفسخ لأن محل العقد يصبح منعدماً ولا يبقى مجال للانتفاع مطلقاً .

أما إذا كانت الإجارة واردة على الذمة فإن العقد يظل صحيحاً ، ولا يؤثر تلف العين المؤجرة أو هلاكها بإنهاء العقد ، بل يطالب المؤجر بتقديم بديل مماثل من نفس أوصاف العين المتعاقد عليها ليحل محلها ، وعلى المستأجر قبول ذلك . (١)

ويرى الباحث أن التأمين التعاوني أصبح ضرورة على جميع الأصول حتى يتم الحفاظ على الأموال من الهلاك ، ودفع المنازعات مثل التي تحدث من هلاك العين المستأجرة أو المباعة بالتقسيط .

ل - انتهاء عقد الإجارة (٢):

١- تنتهي الإجارة عند الحنفية بموت أحد المتعاقدين، لأن الإرث يجري في الموجود المملوك، وبما أن المنافع في الإجارة تحدث شيئاً فشيئاً، فتكون عند موت المورث معدومة، فلا تكون مملوكة له، وما لم يملكه يستحيل توريثه فيحتاج عقد الإجارة للتجديد مع الوارث حتى يكون العقد قائماً مع المالك (٣).

وقال الجمهور: لا ينفسخ عقد الإيجار بموت أحد المتعاقدين، لأنه عقد لازم كالبيع، أي أن المستأجر مَلَكَ المنفعة بالعقد دفعة واحدة ملكاً لازماً فيورث عنه (٤).

٢- تنتهي الإجارة أيضاً بالإقالة، لأن الإجارة معاوضة مال بمال، فكانت محتملة لمقالة كالبيع.

---

١ - الدليل الشرعي للإجارة - إعداد : عز الدين خوجة - ١٨٧-١٨٩

٢- "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي (٥/ ٣٨٦٢-٣٨٦٣).

٣- "الكتاب" للقدوري (٢٦٢/١ مع اللباب شرح الكتاب للغنيمي).

٤- "روضة الطالبين" للنووي (٥/ ٢٤٥) ، "حاشية الدسوقي" (٣٠/٤)، "المغني" لابن قدامة

٣- الإجارة تنقضي بهلاك العين المؤجرة المعينة كالدار،

٤- انقضاء المدة : لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجـود الغايـة فتنفـسخ الإجـارة بانتهاء المدة، إلا إذا كان هناك عذر بأن انقـضت المـدة وفـي الأرض زرع لـم يستحصد فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل .

م - ويمكن الاستفادة من عقد الإجارة في التعاملات المصرفية عن طريقين :

الأول : الإجارة التشغيلية.

ثانياً : الإجارة التمليكية.

أولاً : التأجير التشغيلي :

وهو يعني قيام المؤسسة المالية الإسلامية باقتناء أصـول "موجـودات" تتمـشى مـع احتياجات عدد كبير من الجمهور وتتمتع بقابليتها للتسويق، حيث تقوم المؤسسة المالية بتأجير هذه الموجودات إلى أحد المستأجرين لمدة محدودة يتفق عليها وبانتهـاء تلـك المدة تعود الموجودات إلى حيازة المؤسسة المالية الإسلامية لتبحث عن مستأجر جديد، وحتى يحين الوقت الذي يأتي فيه المستأجر الجديد فإن الموجودات تظل بدون اسـتعمال مع المؤجر وبدون إنتاج أو إيراد إيجاري وفي نطاق إجارة التشغيل فإن على المؤجر أن يتحمل خطر تقادم المعدات.

ثانياً : التأجير المنتهي بالتملك :

وهو يتميز بكون المؤسسة المالية الإسلامية لا تقتني الموجودات والأصول بل تشتريها استجابة لطلب مؤكد من أحد عملائها لتملك تلك الأصول عن طريق التـأجير المنتهـي بالتملك، وعليه فإن تلك الأصول المؤجرة لا تبقى في ملكية البنك بعد نهاية عقد الإيجار وإنما تنتقل ملكيتها إلى المستأجر وذلك إذا دفع المستأجر جميع الأقساط الإيجارية فـي الآجال المحددة المتفق عليها .

ويرى الباحث أن يربط بينهما وعد من البنك بالتمليك عند انتهاء الإجارة بثمن رمزي أو بالهبة، ومع أن من شروط الهبة عدم التعليق إلا أنه يمكن قياسها على الوصـية التـي هي هبة معلقة ، وطالما أن هذا الشرط لايناقض العقد بل يقويه فلا أرى مانعاً شـرعياً من أن يكون الشرط ملزماً بالهبة قياساً على الوصية .

- وقد نصت الفتوى الصادرة عن الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي المنعقـد في عام ١٩٨١م بشأن التأجير المنتهي بالتمليك ما يلي :

(إذا وقع التعاقد بين مالك ومستأجر على أن ينتفع المستأجر بمحـل العقـد بـأجرة محددة بأقساط موزعة على مدد معلومة، على أن ينتهي هذا العقد بملـك المـستأجر للمحل فإن هذا العقد يصح إذا روعي فيه ما يأتي:

أ - ضبط مدة الإجارة وتطبيق أحكامها طيلة تلك المدة.

ب - تحديد مبلغ كل قسط من أقساط الأجرة.

ج - نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها إليه تنفيذاً لوعد سـابق بذلك بين المالك والمستأجر) .

ن - مجالات التطبيق :

تستخدم المؤسسات المالية الإسلامية أسلوب التأجير المنتهي بالتمليك خاصة فـي مجال العقارات والآلات والمعدات وهي بهذا الأسلوب توفر لعملائهـا قـدراً مـن الحرية في اقتناء الموجودات من المصادر التي يختارونها على أسـاس خبـرتهم وتقديرهم الخاص، ولتمتع المستأجر بحيازة هذه الموجودات خلال فترة الإيجـار وهو مطمئن بأن ملكيتها سوف تؤول إليه في نهاية مدة الإيجار.

س – تطبيقات معاصرة على بحث الإجارة :

١- اتفق رجل مع مصرف إسلامي على استئجار آلة إيجاراً منتهياً بالتمليك وعادة ماتبقى الآلة مسجلة باسم المصرف إلى أن تنتهي أقساط التأجير فتحول في السجلات الرسمية باسم المشتري ، ولكن لسهولة تحرك الآلة رغب المشتري أن تنتقل لاسمه على أن ترهن للبنك علاوة على أنه يحقق بهذا الأسلوب فوائد ضريبية .

وقد عرضت هذه المسألة على الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية فصدرت الفتوى رقم (١١٢) والتي تنص على أنه : لا مانع من ذلك ولا يعتبر تحايلاً على القانون.

ويرى الباحث أن سبب إباحتها أساساً يعود لكون المشتري شريكاً في الآلة بمجرد دفعه القسط الأول ، فالآلة تصبح ملكاً مشاعاً بين البنك والمستأجر (المشتري) ولأنه يعاني مشقة في التحرك من عدم نقلها لاسمه فالمشقة تجلب التيسير والتيسير يكون بنقلها لاسمه ، ولأن في عدم نقلها لاسمه إضراراً شديداً به ، فالقاعدة الفقهية تقول : (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) ورهن الآلة للبائع يخفف الضرر عنه .

٢- هل يصح تأجير مبنى وضعت مخططاته ولم يبنَ بعد على أن يتم تسليم العين عند الانتهاء منها ؟ .

فقد جاء في الفتوى رقم (٣٨٧) من الفتاوى الشرعية للمسائل الاقتصادية لبنك التمويل الكويتي : أنه لايجوز تأجير مبنى وضعت مخططاته ولم يبنَ بعد لأنه إجارة لمعدوم .

ويرى الباحث أن الإجارة بيع منافع والمنافع فرع لوجود الأصل المراد تأجيره وهو غير موجود في الحاضر . وبما أن الأصل معدوم (والتابع لايتقدم على المتبوع) كما تقول القاعدة الفقهية . فوجود المنفعة تابع لوجود الأصل وبانتفاء وجود الأصل ينتفي وجود الفرع وهو المنفعة .

٣- أبرم البنك عقد إيجار منته بالتملك لعدد من السيارات لشركة سياحية ، وأراد البنك أن يبيع هذا العقد لشخص ثالث على اعتبار أن له حقوقاً في هذا العقد لم تستوف بعد وهي الأقساط الإيجارية التي بانتهائها يتم تملك المستأجر للمعدات مع التزام المشتري الجديد للعقود (الذي سيحل محل البنك) بنفس الشرط .

وقد عرضت هذه المسألة على الهيئة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني ، وصدرت عنه الفتوى رقم (١٨) والتي تنص على :

إن هذا البيع صحيح قياساً على ماجاء في المغني وغيره من أنه إذا أجر عيناً ثم باعها صح البيع ولو للمستأجر نفسه ، ولا تبطل الإجارة لأن المنفعة تملك بعقد الإيجار والمعدات تملك بعقد البيع . وطالما أن المشتري الجديد ملتزم بشروط البنك ولا تأثير على حقوق المستأجر فلا شيء فيها .

ويرى **الباحث** : ألا يزاد في الثمن حتى لايتحقق معنى الربا لأن هذا البيع يتضمن أقساطاً من ثمن المعدات وربحاً (واحتمال الربا كحقيقته) .

٤- أرادت شركة شراء طائرة من جهة ثم تأجيرها لنفس الجهة تأجيراً منتهياً بالتملك . وبعد تفصيل طويل جاء في كتاب الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية لدلة البركة الجزء الأول الفتوى رقم (٢٠) : أنه يمكن شراء الطائرة بعقد منفصل خال من شرط الإيجار ثم إبرام عقد آخر للإيجار تطبق فيه التزامات المؤجر والمستأجر من مدة معلومة وأقساط إيجارية وبقية الشروط الأخرى ، ثم تتم مواعدة على تمليك الطائرة في نهاية عقد الإيجار للشركة منفصلاً عن العقدين .

ويرى **الباحث** أن هذا العقد جائز لأن إعادة البيع إلى المالك السابق تتم بعد مدة تحدث فيها (حوالة الأسواق) فلا تتحقق العينة .

٥- اتفق بنك إسلامي مع أحد عملائه على أن يبيعه داراً يدفع المشتري ٣٠% من قيمتها للبنك ثم يدفع أقساطاً ايجارية سنوية يتملك بموجبها حصصاً أخرى من الدار بمبالغ محدد سواء ارتفعت الأسعار أم انخفضت فلا تتغير القيمة المتفق عليها لسعر الدار .

وجاء في كتاب الفتاوى الشرعية للمسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي الفتوى رقم (٣١٤) :

أن الجزء المدفوع مقدماً هو بيع منجز معلوم شائع من المنزل ، وكلما تملك المستأجر جزءاً جديداً شائعاً خفض من الأجرة مايقابل الجزء المتملك الجديد ، فالإجارة صحيحة والتملك صحيح .

ويـرى الباحث أن هذا من باب التيسير وتنطبق عليه قاعدة (المشقة تجلب التيسير) و (الأمر إذا ضاق اتسع) .

ولخلوه من الغرر والجهالة والربا تنطبق عليه قاعدة (الأصل في العقود الصحة) و (الأصل في الأشياء الإباحة) .

٦- سأل بنك إسلامي : هل يجوز تعجيل التملك في الإيجار المنتهي بالتمليك ؟

وجاءت الفتوى رقم (٦) في حلقة رمضان الفقهية الأولى والثانية :

أنه في حالة الإيجار المنتهي بالتمليك يجوز للمالك المؤجر أن يصدر وعـداً ببيـع محل الإيجار إلى المستأجر بأثمان مختلفة يختار المستأجر أحدها مستقبلاً .

ويرى الباحث : أنه يمكن تعجيل السداد بناء على قول رسول ا ﷺ (ضع وتعجـل) و (لا ضرر ولا ضرار) ولأن في تقديم موعد السداد اختصار لزمن انتظار المالـك للمال والذي حسبت على أساسه أرباح فيحط من الثمن (القيمة الإيجارية) علـى أن يكون ذلك بالتراضي عند التسديد ، وهو أشبه ببيع الحطيطة وبشرط ألا يذكر فـي العقد الالتزام بالحط من الثمن إذا تم تعجيله ، وإنما يجري ذلك عنـد الـسداد دون سابق شرط ، طبقاً لما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي .

الفصل السابع

أساليب التمويل المطورة في البنوك الإسلامية

المبحث الأول : صكوك الاستثمار مخصصة الغرض (سندات المقارضة)

نظراً لتغير الظروف والحاجة الماسة لبديل إسلامي يعمل على استثمار أموال المسلمين بالطرق المشروعة ، ظهرت فكرة سندات المقارضة والمبنية أساساً على المضاربة أو القراض فيكون البنك هو المضارب ومن يشترى سندات المقارضة هو رب المال وتمثل هذه السندات حصصاً متساوية في العملية المراد الاشتراك فيها ، وبهذه الطريقة تتجمع رؤوس أموال كبيرة يمكن أن تستثمر في تمويل التجارة أو بناء العقارات ثم بيعها أو في إنشاء المصانع أو قد يكون الصندوق مشتملاً على أكثر من نشاط اقتصادي لتوزيع مخاطر التجارة .

إلا أن هنالك ضوابط منها :

١- الصك يمثل ملكية شائعة في الصندوق .
٢- ألا يتم تداول الصكوك إلا بعد أن يتحول جزء منها إلى الانتاج بمعنى ألا تبقى في شكل نقود سائلة حتى لاتكون عرضة لأحكام الصرف (بيع مال بمال) .
٣- يد المضارب يد أمانة مالم يتعد أو يفرط .
٤- تحدد الصكوك نسبة أرباح كل من المضارب وأرباب المال .
٥- يقوم المضارب بإعلان القيمة الحقيقية للصك بصورة دورية تسهل عملية انتقال هذه الصكوك من شخص لآخر وفقاً للتنضيض الحكمي (تقييم محاسبي دقيق) .

(يراجع قرار المجمع الفقهي رقم (٥) الدورة الرابعة في هذا الخصوص) .

المبحث الثاني

صناديق الاستثمار مخصصة الغرض

كان من نتاج الفكر الإسلامي المعاصر ولسد حاجة من حاجات المسلمين وهي الاستثمار وعدم تعطيل الأموال في شكلها السائل وحتى لاتصبح في حكم الاكتناز فأنشئت صناديق الاستثمار .

يكون البنك مصدر صناديق الاستثمار هو المضارب ويحدد رأس مال العملية وقد يكون الصندوق مشتركاً في أكثر من نشاط وفي أكثر من دولة (وهو ماتحدثنا عنه في سندات المقارضة) .

أما صناديق الاستثمار مخصصة الغرض فيحدد المضارب النشاط الذي سوف يمارسه (مثلاً : تأجير المعدات) ويحدد البلد التي سوف يعمل فيها ، والعملة المستخدمة في الصندوق (دولار أمريكي مثلاً) ويحدد قيمة السهم للمشاركة عند الابتداء ، ويحدد أن هذا الصندوق سوف يعمل وفقاً لأحكام المضاربة فيحدد الالتزامات الواجبة على المضارب منها (على سبيل المثال) :

١- الالتزام بالاستثمار في عمليات التأجير .
٢- الالتزام الكامل بأحكام الشريعة الإسلامية .
٣- يلتزم المضارب بعمل دراسات الجدوى والتأكد من أهلية وكفاءة المستأجر وقدرته على دفع القيمة الإيجارية ، واجراء التأمين على المعدات التي سوف يؤجرها .
٤- متابعة حالة الأصول المؤجرة ومدى صيانتها .
٥- إبرام عقود التأجير بطريقة تكفل حقوق الصندوق .

يشرح المضارب أن الزكاة في حالة كهذه (تأجير المعدات) فقط على القيمة الإيجارية لأن الأموال تحولت إلى أصول ، ويوضح المضارب الهيئة الشرعية المراقبة لإعطاء الثقة للجمهور بأن العملية خالية من الشوائب ، ويحدد المكتب المحاسبي الذي يراجع الحسابات فيوضح الأرباح والخسائر كما يحدد المضارب النسبة التقريبية للأرباح عن عمليات الصندوق وفقاً للدراسات مع عدم الالتزام بها فقد تزيد أو تنخفض .

ولا يتحمل المضارب مسئولية الضمان في حالة التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط المضاربة التي اطلع عليها رب المال في نشرة الصندوق .

كما يحدد مواعيد التقييم الدورية التي على أساسها يتم تداول صكوك المضاربة في هذا الصندوق وفقاً للمعايير المحاسبية .

كما يحدد نصيب المضارب .

وفي بعض الأحيان يحدد أن نصيب المضارب إذا تعدى الربح مثلاً ٢٥% ترتفع نسبة المضارب بمقدار معين . فمثلاً لو كانت نسبة المضارب ١٨% من صافي أرباح الصندوق ، ففي حال تعدى الربح مثلاً ٢٥% ترتفع نسبة المضارب إلى ٢٠% .

وهذه العمليات لصناديق الاستثمار مفصلة في باب الأسواق المالية (كما سيأتي لاحقاً) .

تطبيقات :

١ - ما الرأي الشرعي في إمكانية طرح مشروع عقار استثماري على الجمهور قبل بنائه بحيث إن الأرض موجودة لدينا والمخططات والتصاميم موجودة والقيمة النهائية لرأس مال المشروع محددة وكذلك بإمكان الجمهور الاطلاع عليها سوف يكون الطرح كالتالي :

أولاً : يقوم المستثمرون بتغطية رأس مال المشروع .

ثانياً : توجد دراسة جدوى اقتصادية للمشروع تبين :

أ - تكاليف المشروع .

ب - بداية التنفيذ .

ج - نهاية التنفيذ .

د - القيمة الدفترية التقديرية ونسبة العائد .

هـ - الفترة المقررة لتأجير المشروع وقد أفاد مقدم السؤال أن المبالغ المجموعة لتغطية رأس المال قد تزيد عن التكلفة الفعلية أو تنقص ؟ .،

وقد أصدرت الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٤٣٩) جاء فيها :

لامانع شرعاً من طرح مشروع عقار استثماري على سبيل المشاركة ويكون بيت التمويل شريكاً ومديراً وفي حالة زيادة المبالغ المقدمة من الشركاء عن التكلفة يعاد الفرق إلى الشركاء ويكون ذلك بمثابة تخفيض رأس المال وفي حالة النقص يطلب من الشركاء سداد الفرق حسب حصصهم في المشاركة .

ويرى الباحث أنه تنطبق على هذه المسألة القاعدة الفقهية : (الأصل في العقود الصحة) وقاعدة : (الأمور بمقاصدها) .

٢- هل يجوز شرعاً إنقاص ربح الوديعة عند سحبها قبل استحقاقها ؟

الجواب :

إن موافقة المصرف على سحب الوديعة قبل استحقاقها هي تخارج عن حـصة العميـل المستثمرة في المشاركة (رأس مال المضاربة المتحول إلى بضاعة) وهذا التخارج يجوز أن يتم بمثل ما أسهم به العميل فيكون من باب التولية أو بأقل فيكون من باب الحطيطة وهي الشراء بأنقص من رأس المال وهذا التخارج لابد أن يتم برضا الطرفين (المصرف والعميل) وهذا التراضي يتحقق بإعلام العميل بذلك عند السحب أو بذكر ذلك في استمارة فتح الحساب أو في استمارة السحب ليكون علمه بذلك رضا ولو لم يعبر عنـه بـالقول جرياً على بيع التعاطي أما إذا قام المصرف بذلك دون إعلام العميل فإنه يستلزم جهالـة البدل الذي تم به استرداد العميل لوديعته إذ لا يشعر بذلك إلا عند توزيع الـربح آخـر السنة وقد لا يشعر في حين أن علمه بهذا الأساس لحساب ربح وديعته التـي يـسحبها قبل استحقاقها هو رضا منه كما يمكن أن يقدم موظف البنك هذه المعلومة للعميل عنـد السحب والمهم أنه لابد من ذكر هذا الأساس أو إطلاع العميل عليه ولو في استمارة فتح الحساب أو إعلان بصالة البنك لأن الشرط المتقدم كالشرط المقارن للتصرف بل يتـرك للعميل بمطلق رغبته سواء بالوعد غير الملزم عند التعاقد أو بالتنفيـذ الطـوعي عنـد وجود موجب الضمان . *

* المصدر : كتاب الأجوبة الشرعية في التطبيقات المـصرفية الجـزء الأول - إدارة التطـوير والبحـوث - مجموعة دله البركة فتوى رقم (٤٣) .

المبحث الثالث

التمويل بأسلوب المشاركة المتناقصة

ينشىء البنك صندوقاً لتمويل مشاريع غرضها الأساسي : شراء معدات أو عقارات مع شريك آخر ، ولرغبة الشريك بتملك هذا الأصل ملكية كاملة فإنه يسمح في هذا الصندوق بأن تزداد حصة المشارك عند دفع كل قسط ، بحيث يشمل القسط جزءاً من الثمن زائداً عليه جزءاً من أرباح هذا الجزء . . . وهكذا إلى أن تنتقل الملكية بتمامها إلى الشريك .

فموقف البنك مع المساهمين المشاركين في الصندوق هو موقف المضارب وهم أرباب المال . وأمام الشريك يكون البنك هو المشارك الذي يستوفي رأس ماله زائداً الأرباح على دفعات .

ويتم مسك حسابات نظامية للأصل المشترى أو المبنى ، توضح فيها الأرباح والخسائر ، كما يوضح البنك للمشاركين في الصندوق نصيب البنك من الأرباح بصفته مـضارباً ، ويوضـح مكان العملية ، والعملة المستخدمة ، والهيئة الشرعية المراقبـة ، ومراجـع الحـسابات ، والقيمة التقريبية للإيجار ، وللأصول وما يتبعها من مصاريف ادارة ، بحيث يكون رب المال على دراية تامة تنفي الجهالة .

ويلتزم البنك بصفته المضارب بشروط المضاربة التي على أساسها وافق أرباب الأموال على الدخول في هذا الصندوق مخصص الغرض .

وتكون المضاربات على شكل أسهم أو سندات تملك نصيباً شائعاً في الـصندوق ولا يتحمـل المضارب في هذه الحالة ضمان الأرباح أو الخـسائر إلا إذا تعـدى أو قـصر أو خـالف شـروط المضاربة.

ويمكن بهذه الطريقة تمويل المصانع لشراء معدات جديدة ، أو تمويل خطوط إنتاج بأكملها ، أو بناء عمائر أو مجمعات سكنية .

تطبيقات :

١- يقوم البنك بمشاركة عملائه لفترة محدودة في إقامة مشروعات استثمارية جديدة أو استيراد آلات ومعدات وخامات ومستلزمات التشغيل اللازمة لمشروعات قائمة وذلك على أن تقدم للبنك دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات وتؤيد سلامة اقتصاديات هذه المشروعات وعمليات التشغيل والتأكد من ربحية هذه العمليات وأن يتم التأكد من كفاية الضمانات ويمكن للشريك أن يسدد تدريجياً من العائد الذي يؤول إليه أو من أية موارد خارجية أخرى أجزاء من مساهمة البنك في هذه المشروعات وذلك خلال فترة مناسبة يتفق عليها الطرفان وعند انتهاء عملية السداد يتخارج البنك من المشروع وبالتالي يتملك هذا الشريك المشروع موضوع المشاركة ؟

وردت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري بأنها :

لاترى مانعاً من قيام البنك بمثل هذه المشروعات وذلك في إطار أحكام الشريعة الغراء وبما يعود بالربح الحلال لأموال البنك ويحقق الخير والربح كذلك لمن يقوم بمشاركة البنك وفي ذلك تدعيم لأسس الاقتصاد الإسلامي في المجتمع (فتوى رقم ١٠) .

ويرى الباحث أن (الأمور بمقاصدها) و (الأصل في العقود الصحة) .

٢- تقدم أحد عملاء المصرف يطلب بناء محطة بترول على أرض يملكها في موقع حساس مشاركة مع المصرف بأن يقدم الأرض ويقوم المصرف بتقديم جزء من المال ، وعلى أن يقوم بتأجير المحطة إلى ثلاثة شركاء هو واحد منهم ومن الجدير بالذكر أن الايجار الشهري المتأتي من الشركة الثلاثية سوف يدفع بالكامل للمصرف على النحو التالي :

أولاً : جزء من الإيجار يكون نصيب المصرف كحصته في المشاركة .

ثانياً : الجزء الثاني من الإيجار يبقى لدى المصرف لإنقاص حصته على أن يبيع المصرف حصته تدريجياً على أساس المشاركة المتناقصة .

والرأي أنه لإجازة هذا المشروع يجب أن يكون هناك عقد مشاركة بين المصرف والعميل وبعد الانتهاء من المشروع فلا حرج شرعاً أن يقوم صاحب الأرض وشركاؤه من استئجار المحطة على أن يتم ذلك بتوقيع عقد استئجار بين الأطراف المعنية "المصرف والمستأجرين" على أن يتم تقدير القيمة الإيجارية حسب ماهو سائد في السوق ويتم تقدير حصة المصرف من قيمة الإيجار حسب نصيبه في رأس مال المشروع وعلى أن يتم استخدام حصة العميل من القيمة الإيجارية حسب ماهو سائد في السوق في تسديد حصة المصرف وعند سداد كامل حصة المصرف يؤول المشروع بالكامل إلى الشريك الآخر "المستأجر" (فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي - فتوى رقم ٤٩) .

٣- طلب بنك البحرين الإسلامي المشاركة في مشروع جامعة الخليج العربي قام السيد مدير العمليات بعرض ملخص للمشروع المقدم من بنك البحرين الإسلامي فأوضح أنه يتعلـق بإنشاء جامعة الخليج وأن التكلفة الكلية للمشروع ١٥٠ مليون دولار وهم في حاجة إلى ٥٠ مليون دولار وبنك البحرين الإسلامي يعرض على مصرف قطر الإسلامي والبنـوك الإسلامية المساهمة في هذا المشروع بهذا القدر حتى لا تضطر الجامعة إلى اللجوء إلى البنوك الربوية وقد اقترح بنك البحرين الإسلامي اتخاذ الخطوات التالية لتنفيذ المشروع :

أولاً : أن يقوم المصرف بشراء جزء من المبنى من الجامعة يقدر بقيمة المبلغ المطلوب من رأس مال المشروع وهو خمسون مليون دولار أي الثلث .

ثانياً : يقوم الطرفان بعد ذلك بتقدير القيمة الايجارية للمبنى وتقوم الجامعة باستئجاره وتقسم القيمة الايجارية بحيث يحصل كل طرف على نصيبه من الايجار بقدر حصته.

ثالثاً : يتعهد المصرف بأن يبيع حصته إلى الجامعة بنفس القيمة الاسمية التي اشـترى بهـا وعلى مدى ثلاث سنوات .

وقد صدرت عن هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي الفتوى رقم (٧٤) تنص على أنه:
يمكن للبنوك الإسلامية المهتمة أن تقوم بتمويل العميلة المعروضة حسب الشروط الـشرعية التالية :

أولاً : أن تعطي حكومة البحرين حق الانتفاع بالأرض للمصارف الإسلامية بحيث يكون من حقها التصرف في المباني التي تشتريها بالبيع أو الإيجار أو الهبة وغير ذلـك مـن وسائل التصرف الشرعية .

ثانياً : شراء جزء من مباني الجامعة قيمته (كذا) مليون دولار أمريكي .

ثالثاً : تأجير المبنى للجامعة .

رابعاً : الدخول مع الجامعة في شركة تنتهي بالتمليك بحيث يكون البيع بالقيمة السوقية التي يتفق عليها الطرفان عند البيع وليس بالقيمة الإسمية ، إلا إذا كانت القيمة الإسـمية هي القيمة السوقية عند البيع .

المبحث الرابع

استخدام النمر في تمويل رأس المال العامل

تحتاج الشركات في الزمن المعاصر إلى تمويل الأجور والرواتب ومصاريف الكهرباء والمياه والمطبوعات والنثريات التي لايمكن تمويلها بالمشاركة المتناقصة أو بالمرابحة أو الاستصناع فظهرت فكرة المشاركة بالنمر .

وتقوم هذه الفكرة على أن الربح هو نتاج للعمل ورأس المال ، فإذا حدد نصيب رأس المال في الأرباح ونصيب العمل كذلك ، ثم فصل نصيب رأس المال (على سبيل المثال مائة مليون) منه (٩٠ مليون) أصول ثابتة (عقارات ومقر وآلات ومعدات وآليات وأثاث) ، ورأس المال العامل هو (١٠ مليون) لتمويل هذا الجزء عند عجز الشركات عن تمويله يفتح حساب لدى البنك الإسلامي لتمويل هذا الجزء مشاركة ، وطبيعة هذا الحساب أنه ينقص بالسحب منه ويزيد بإيداع الشركة فيه ، فيحسب حساباً دقيقاً بشكل دوري أو سنوي . فننظر كم المبالغ التي استخدمت من أموال البنك وعدد الأيام التي استخدمت فيها وكم هي الأموال المستخدمة التي أودعتها الشركة في الصندوق ، وكذلك عدد الأيام المستخدمة .

ولنفرض أن أموال الصندوق كانت تمثل ٦٠% من أموال البنك ، و ٤٠% من أموال الشركة ، وإجمالي هذا الصندوق (١٠ مليون ريال) فالبنك مشارك في الأرباح بنسبة ٦% من إجمالي رأس المال لأن رأس المال العامل هو (١٠ مليون) فيستحق البنك ٦% فقط من الأرباح أو يتحمل ٦% من الخسائر على قدر رأس المال .

إن هذه العملية تحتاج إلى حسابات دقيقة ومنتظمة وإشراف مشترك من البنك والشركة ولكنها تسد ثغرة تعاني منها الكثير من الشركات لعدم انطباق شروط أساليب التمويل الإسلامية الأخرى عليها .

تطبيقات :

يتفق البنك مع العميل على قيام مشاركة بينهما وتقوم بعض البنوك بوضع شـرط فـي العقد أن حصة البنك في رأس المال تحدد بمبلغ كذا (بحد أقصى) ثم يفتح البنك للشركة حساباً لديه يسمح لإدارة الشركة بالسحب منه في حدود الحد الأقصى المذكور وعند الإيداع في هـذا الحساب بقيمة المبيعات من قبل إدارة الشركة يخفض رأس المال بما يتم دفعه (إيداعه) بمعنى أن يستعمل البنك طريقة النمر فيحسب نمراً مدينة على المسحوبات وأخرى علـى الإيـداعات وفي نهاية المدة المحددة للشركة تخصم النمر الدائنة من النمر المدينة للوصول إلى قيمة رأس المال الصافي المستثمر .

فهل هذه الطريقة تتفق والشريعة الإسلامية ؟ أم يتعين على البنك والعميل دفـع رأس المال في حساب المشاركة عند فتح الحساب ؟

وقد صدرت الفتوى رقم (٤٠٢) من بيت التمويل الكويتي نصت على أنه :

لايجوز استعمال طريقة النمر كما هو متبع في البنوك الربوية لأن هذه الطريقة لـيس فيها تسليم لرأس المال وإنما هي قيود مديونية دفتريا ولا يصح أن يكون رأس المـال دينا فمن باب أولى إذا كان مجرد قيد .

ويـرى الباحث أن الأمر ليس قيوداً فقط وإنما هو سحب للأموال وإيداع فعليين مرتبط بزمن استخدام الأموال ، والربح غير مشروط وإنما يجب دفعه ويتحمل الخسارة أيضاً بنفس السبب فرأس المال ليس ديناً فلا ربا ولا غرر ولا جهالة والقاعدة الفقهية تقول : (الأصل في العقود الصحة) فلا مانع من التعامل بهذه الطريقة .

* التخارج في الحسابات الاستثمارية والصناديق وحسابات الأرباح

أ - التخارج عبارة عن بيع حصة في أعيان مشتركة بالشيوع على سبيل التسامح في تكافؤ المبيع مع الثمن ، وهو من قبيل الصلح . ومع أن الأصـل تطبيقـه فـي التركات فإن الحاجة تدعو إلى تطبيقه في الـشركات ، فيجـوز التخـارج بـين الشركاء في الحسابات الاستثمارية أو الصناديق كما يجوز التخارج بين صـاحب الحصة والمؤسسة أو شخص غير شريك مع مراعاة الضوابط الشرعية المطلوبة في بيع النقود والديون ، فإذا كانت الحصة المتخارج عنها تمثل أعياناً مع النقود والديون التابعة لها جاز التخارج عنها بأي بدل ولو بالأجل إذ (يجوز تبعـاً مـا لايجوز استقلالاً) وفقاً للقاعدة الفقهية .

ب - التخارج في الحسابات الاستثمارية ، بسحب صاحب الحساب حصته - في حال السماح له بذلك ومراعاة الضوابط الشرعية - يؤدي تلقائياً إلى سحب الـربح مع الأصل إن تخارج ببدل يزيد عن الأصل (رأس المال) لو تم التخـارج بـين صاحب الحساب وبين شخص غير شريك آخر (ضمنياً دون سحب المبلغ مـن الحسابات) مع مراعاة الضوابط الشرعية وانتفاء الربا بشراء الدين بالحـسم ، فإن المتخارج ينحصر حقه في البدل المتفق عليه سواء أدى إلى ربح أو خسارة

، ويحل محله المتخارج معه (الداخل) عند انتهاء مدة الحساب فيما كـان يـستحقه المتخارج سواء تضمن ربحاً أم خسارة مع مراعاة ماجاء في آخر الفقرة (ب) .

ج - التخارج ببيع السهم بمراعاة الضوابط الشرعية إذا وقع خلال الـسنة الماليـة وقبل ظهور نتائجها ينتقل به إلى المشتري جميع حقوق السهم ومنها الحق في أرباحه - في حالة ظهور قرائن على أن هناك ربحاً - وذلك علـى اعتبـار أن الأرباح تابعة لأصل السهم كامنة فيه ، فإذا وقع بيع السهم بعد تقرير الجمعيـة العمومية توزيع ربح عليه فلا يستحق المشتري ربحه لأن تبعية الربح للـسهم تنقطع بعد صدور قرار التوزيع ، ويكون الربح حقاً للبائع مالم يتفق الطرفـان عند التعاقد على أن يكون للمشتري فيشمله حينئذ عقد البيع .

---

* : انظر : فتاوى ندوة البركة العاشرة للاقتصاد الإسلامي - ص ١٧٨ - ١٧٩ .

الباب السادس

الأسواق المالية

الفصل الأول : الأسواق المالية العالمية

الفصل الثاني : الأسواق المالية الإسلامية

الباب السادس

الأسواق المالية

الفصل الأول : الأسواق المالية العالمية

- مقدمة
أ - المقصود بالأسواق المالية وخصائصها.
ب - أهمية الأسواق المالية.
ج - سوق رأس المال.
أولاً : سوق رأس المال الأولي
أ - تعريفها.
ب - الأدوات المستخدمة فيها.
ج - أهميتها.
ثانياً : سوق رأس المال الثانوي

* الأدوات المستخدمة في سوق رأس المال:

١- الأسهم
- تعريفها
- خصائصها.
- حقوق ملاكها.
- التكييف الشرعي لها.
- أنواعها:
أ – من حيث الحقوق.
ب- من حيث ما يدفع (نقد – عين)
ج- من حيث الاسم وعدمه.
د- من حيث إرجاع قيمتها.
هـ - أسهم الإصدار.
و- من حيث المنح وعدمه.

٢- السندات

- تعريفها
- خصائصها
- أنواعها
- الغرض من إصدارها
- التكييف الفقهي لها

* عمليات أسواق الأوراق المالية

أولاً : العمليات العاجلة

- تعريفها
- تكييفها الفقهي
- عمليات الشراء بالهامش
- تكييفها الفقهي

ثانياً : العمليات الآجلة

- تعريفها
- تكييفها الفقهي
- أنواعها :

١- البيوع الباتة القطعية

٢- العمليات الآجلة بشرط التعويض (الاختيارات)

أ – اختيارات الشراء

ب - اختيارات البيع

ج - خيار الزيادة

د - العمليات الآجلة بشرط الانتقاء

هـ – خيار الوضعية

و - العمليات الشرطية المركبة

ح - اختيارات المؤشر

- التكييف الفقهي

* الاستثمار

- تأصيل
- أهداف الاستثمار
- أهمية الاستثمار
- حكم الاستثمار
- تطوير أساليب الاستثمار الإسلامية
- وسائل الاستثمار الإسلامية
  ١ - البنوك الإسلامية
  ٢- صكوك الاستثمار
- تكييف الاستثمار في الصكوك:

أولاً : صكوك المشاركة في ملكية دائمة قابلة للتداول

- تعريفها
- خصائصها
- تكييفها الفقهي
- شروط توزيع الربح والخسارة
- تداول الصكوك الاستثمارية

ثانياً : سندات الإجارة

- تعريفها
- أنواعها
- وصفها
  ١ - سندات الأعيان المؤجرة
    - التكييف الفقهي
  ٢- سندات الخدمات الموصوفة في الذمة
    - التكييف الفقهي

ثالثاً - شهادات ملكية للأعيان المؤجرة

- التكييف الفقهي

* الصناديق الاستثمارية

- تعريفها
- تكييفها الفقهي
- التفصيلات :

١- تقسيم رأس المال
٢- اشتراك المضارب في رأس المال
٣- شروط رأس مال المضاربة
٤- أحوال صندوق الاستثمار

* المواعدة بالصرف (مدخل لعقود تحوط إسلامية)

- توطئة

١- المواعدة بالصرف
- التكييف الفقهي
٢- بيع السلم
٣- الاستصناع
٤- المواعدة الملزمة للبائع والمشتري
٥- صكوك السلم القابلة للتداول :
- التكييف الفقهي .
٦- صكوك الاستصناع القابلة للتداول
- الوصف .
- التكييف الفقهي .

* تسويق الأوراق المالية الإسلامية

- التكييف الفقهي
- حكم السمسرة

الفصل الأول
الأسواق المالية العالمية

مقدمة :

تلعب الأسواق المالية دوراً مهما في الاقتصاد الوطني فهي تسهل التقاء مدخرات الأسـر والأفراد والمؤسسات (وحدات الفائض Surplus Units) ورجال الأعمـال والحكومـات (وحدات العجز Deficit Units) .

إن العصر الحالي الذي نعيشه أصبح مليئاً بـالمتغيرات. دول تتقـدم وأخـرى تتقهقـر وأصبحت عناصر الرقي والتقدم ما هي إلا مؤشرات كاذبة لا تعبر عن حقائق واقعية، بل هي مؤشرات مضللة تخفي ما تحت القناع من مساوىء وآفات.
هذا هو واقع الاقتصاد الغربي الذي يبدو في ظاهره براقاً جذاباً للوهلة الأولى ولكن ما إن تتعمق به وتبحث في جذوره حتى تجد فيه كل دواعي التخاف والخذلان.

فلقد قام بتطبيق العديد من النماذج الاقتصادية ولكنها لم تستطع أن تحل مـشاكله، بـل تفاقمت المشاكل وتزايدت وتنوعت بتنوع النموذج المطبق ، فكل هـذه النمـاذج جلبـت الكساد والركود والتضخم والبطالة لمجتمعاتها، هذه الآفات لم تقتـصر نتائجهـا علـى النواحي الاقتصادية بل امتدت إلى كافـة النـواحي الأخـرى، كـالنواحي الاجتماعيـة والسياسية، فانتشرت في المجتمع الجرائم والفواحش، وأصبحت السياسة تبعاً للاقتصاد. وأصبحت القرارات السياسية تأتي على ضوء ما يناسب أموراً اقتصادية أخرى. فتقلبات البورصة ارتفاعاً وانخفاضاً تؤثر كثيراً في قرارات سياسية واجتماعية متنوعة معظمهـا يأخذ الاتجاه السلبي.

وأصبح في واقعنا الحالي المهيمن على كافة النواحي الاقتصادية في المجتمـع الغربـي عمليات الأسواق المالية، فلم يعد التوجه نحو الزراعة أو الصناعة براقاً لأولئـك الـذين يبحثون عن الثراء السريع في سوق المضاربات المالية بغض النظر عن نتائج عمليـات المضاربة تلك وما تلحق بكافة المجتمعات من آفات وويلات.

لقد أضحى الاقتصاد في واقعنا المعاصر يوجه كل شيء حتى السياسة تقليـداً للنمـوذج الغربي وأصبحت الأسواق المالية هي التي تستحوذ على أكثر من ٩٠% مـن إجمـالي

التمويلات النقدية ، وسرقت الأهمية من النواحي الاقتصادية الأساسـية مثـل الزراعـة والصناعة لما تحققه هذه الأسواق من ثراء سريع بسبب المضاربات (المناجشات) بغض النظر عما تحدثه من آثار في اقتصاديات المجتمع المسلم .

ولكون تطوير الأسواق المالية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية مشتق من ضرورة حفـظ المال ، فالمسلمون بحاجة لإقامة أسواق وفقاً للمنهج الإسلامي تـسد حاجـاتهم وتـدرأ أخطار الحرام وتوجه نحو التنمية الحقيقية التي تعود بالفائدة على الفرد والمجتمع معاً .

أ – المقصود بالأسواق المالية وخصائصها :

فالأسواق المالية هي الأسواق التي يتم فيها تبادل عروض وحقوق مقابل نقود، وتكون طبيعـة العمل في هذه الأسواق بموجب أدوات مالية على هيئة وثائق وأوراق تمثل حقوقـاً لحامليهـا، والتزامات على مصدريها والتي تنتقل ملكيتها مقابل النقود.

ولا يشترط في التبادل حضور البائع أو المشتري أو أحدهم فقد تتم الصفقة بالوسائل العـصرية من تلكس أو فاكس أو تليفون أو البريد الالكتروني وغالباًماينوب السمسار عن المـشتري أو عن البائع وغالباً لايتم التقابض فيها كما كان يحدث في السابق في الأسواق العادية .

وأهم خصائص هذه الأسواق ما يلي:

١- أنها تشمل عدة أسواق، ولا تقتصر على سوق واحدة، وتعتبر سوق رأس المـال الثانوي (البورصة) أهم هذه الأسواق، حيث إنها تعمل على استثمار أموال الأفـراد والبنوك وشركات التأمين وصناديق الادخار وغيرها من مصادر تجميع الأموال.

٢- أنها تجمع بين البائعين والمشترين، الذين يسيرون في تعاملهم وفقاً لقواعـد العـرض والطلب أو ممثليهم من السماسرة .

٣- أن هذه الأسواق المالية تتعامل في الأدوات المالية وأهمها الأسهم والسندات بيعـاً وشراء أو بيع المؤشرات والخيارات وهي أمور غير ملموسة .

٤- تهدف الأسواق المالية إلى تأمين السيولة وتجميع المدخرات للإسهام في عمليـات الاستثمار والتنمية في الأصل وأصبحت اليوم أكبر مركز للمضاربة والتناجش .

٥- أن الأسواق المالية هي الوسيلة التي تستطيع عـن طريقهـا الدولـة والأجهـزة الحكومية المختلفة سد احتياجاتها المالية اللازمة، والقيام بأعبائها المتزايدة ، وهي الوسيلة التي تطرح فيها أسهم الشركات سواء طرحاً مبدئياً أو بيع وشراء الأفراد للأسهم التي يملكونها .

ب – أهمية الأسواق المالية :

تتركز أهمية الأسواق المالية في تشغيل فائض السيولة المتاحة بأكثر كفاءة ممكنة من خلال عملها كوسيط بين أصحاب فوائض الأموال والراغبين في التمويل.

وقد عقدت ندوة خاصة عن الأسواق المالية في الرباط وعرضت نتائجها على مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته السادسة فأصدر قراره رقم [٥٩ (٦/١٠)] جاء فيه :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ - ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م ،

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات والنتائج المقدمة في ندوة "الأسواق المالية" المنعقدة في الرباط ٢٠ - ٢٤ ربيع الثاني ١٤١٠هـ/٢٠ - ١٩٨٩/١٠/٢٤م بالتعاون بين هذا المجمع والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية ، وباستضافة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالمملكة المغربية ،

وفي ضوء ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من الحث على الكسب الحلال واستثمار المال وتنمية المدخرات على أسس الاستثمار الإسلامي القائم على المشاركة في الأعباء وتحمل المخاطر ، ومنها مخاطر المديونية ،

ولما للأسواق المالية من دور في تداول الأموال وتنشيط استثمارها ، ولكون الاهتمام بها والبحث عن أحكامها يلبي حاجة ماسة لتعريف الناس بفقه دينهم في المستجدات العصرية ويتلاقى مع الجهود الأصيلة للفقهاء في بيان أحكام المعاملات المالية وبخاصة أحكام السوق ونظام الحسبة على الأسواق وتشمل الأهمية الأسواق الثانوية التي تتيح للمستثمرين أن يعاودوا دخول السوق الأولية وتشكل فرصة للحصول على السيولة وتشجع على توظيف المال ثقة بإمكان الخروج من السوق عند الحاجة ،

وبعد الاطلاع على ماتناولته البحوث المقدمة بشأن نظم وقوانين الأسواق المالية القائمة وآلياتها وأدواتها ،

قرر ما يلي :

أولاً : إن الاهتمام بالأسواق المالية هو من تمام إقامة الواجب في حفظ المال وتنميته باعتبار مايستتبعه هذا من التعاون لسد الحاجات العامة وأداء مافي المال من حقوق دينية أو دنيوية .

ثانياً : إن هذه الأسواق المالية - مع الحاجة إلى أصل فكرتها - هي في حالتها الراهنة ليست النموذج المحقق لأهداف تنمية المال واستثماره من الوجهة الإسلامية . وهذا الوضع يتطلب بذل جهود علمية مشتركة من الفقهاء والاقتصاديين لمراجعة ما تقوم عليه من أنظمة ، وما تعتمده من آليات وأدوات وتعديل ما ينبغي تعديله في ضوء مقررات الشريعة الإسلامية .

ثالثاً : إن فكرة الأسواق المالية تقوم على أنظمة إدارية وإجرائية ولذا يستند الالتزام بها إلى تطبيق قاعدة المصالح المرسلة فيما يندرج تحت أصل شرعي عام ولا يخالف نصاً أو قاعدة شرعية ، وهي لذلك من قبيل التنظيم الذي يقوم به ولي الأمر في الحرف والمرافق الأخرى ، وليس لأحد مخالفة تنظيمات ولي الأمر أو التحايل عليها ما دامت مستوفية الضوابط والأصول الشرعية .

ويوصي بما يلي :

استكمال النظر في الأدوات والصيغ المستخدمة في الأسواق المالية بكتابة الدراسات والأبحاث الفقهية والاقتصادية الكافية .

ج – سوق رأس المال :

يعرف سوق رأس المال بأنه سوق الصفقات المالية طويلة الأجل والتي تنفذ إمـا فـي صورة قروض مباشرة طويلة الأجل ، أو في شكل إصدارات مالية طويلة الأجل ، ومن الخصائص المميزة لسوق رأس المال أنها أقل اتساعاً بالنسبة إلى سوق النقد .

ويمكن تقسيم سوق رأس المال إلى :

١- سوق رأس المال الأولى .

٢- سوق رأس المال الثانوي .

أولاً : سوق رأس المال الأولي (السوق الأولية) "Primary Market" :

أ - تعريفها :

هي سوق الإصدارات الجديدة، أي هي السوق التي يتم فيهـا بيـع الإصـدارات الجديدة من الأسهم أو السندات وللمرة الأولى إلى المـستثمرين وتقـوم بـذلك مؤسسات متخصصة مثل بنوك الاستثمار.

ب - الأدوات المستخدمة في سوق رأس المال الأولي :

إن الأدوات المالية التي تصدر في السوق الأولية (الأسهم والسندات) هي نفـس الأدوات التي يتم تداولها في السوق الثانوية التي سيأتي بيانها لاحقاً .

ج - أهميتها :

سوق رأس المال الأولية تعتبر من أهم ركائز النشاط الاقتصادي للأسباب التالية :

١- توفير الفرصة لأصحاب المدخرات الفائضة للاستثمار بشراء الأسهم المطروحة للـشركات المساهمة الحديثة أو شراء سندات الدين الحكومية أو الخاصة (لمن يجوز ذلك) .

٢- توفر السوق الأولية تدفقاً نقدياً من الأموال للمنتجين من الشركات .

٣- الأسواق الأولية تطرح بديلاً استثمارياً للاستثمارات السلبية مثل شراء الحلي والمضاربات العقارية التي لاتعود على المجتمع بفائدة فتوجه هذه الأسواق الأموال للاستثمارات المنتجة لإنتاج سلع يحتاجها المجتمع وإقامة مشاريع تؤدي إلى توظيف الأيدي العاملة .

٤- الأسواق الأولية هي المصدر الأساسي لأموال الشركات المساهمة لضخامة حجم اسـتثمار هذه الشركات والتي تصب في قناة تنمية المجتمعات .

٥- توفر الأسواق الأولية بديلاً للقروض البنكية فبدلاً من اللجوء إلى الاقتراض البنكي تطـرح الشركات سندات أو صكوكاً للبيع في هذه الأسواق .

ثانياً : السوق الثانوية (سوق رأس المال الثانوي) "Secondary Market"

وهي السوق التي يتم التعامل بها بالأسهم والسندات المتداولة، أي الموجودة والتي تم بيعها في السوق الأولية وهذه السوق الثانوية نوعان:

١- أسواق منظمة Organized ويطلق عليها مصطلح بورصة الأوراق المالية Stock Exchange أو سوق الأوراق المالية، ويتم التعامل فيها بأسهم الشركات المدرجة Listed Firms أي التي تم إدراج اسمها في قائمة الشركات التي يتم التعامل في أسهمها في قاعة خاصة تسمى قاعة التداول بوحدات التداول المحددة للتعامل.

٢- أسواق غير منظمة Un Organized وتسمى أحياناً أسواق التداول خارج المقصورة أو السوق الموازية (OTC) Over the Counter Markets ويجري التعامل في السوق الموازية دون التقيد بمكان أو زمان محدد بالضرورة، فالعمليات تجري بالتلفون أو بالوسائل الالكترونية الأخرى ويكون المتعاملون فيها على أهبة الاستعداد لشراء أو بيع بعض الأوراق المالية لمحافظهم الخاصة ويربحون عادة الفرق بين سعر العرض وسعر الطلب أو سعر البيع وسعر الشراء.

(*) "الأسواق المالية - منظور مالي واقتصادي" د. محمود صبيح ١٩٩٣.

١– الأسهم

تعريف :

لقد عرف القانون الأسهم بأنها صكوك متساوية القيمة عند إصدارها قابلة للتداول وتمثـل حق المساهم في راس مال الشركة التي ساهم فيها ، وتخول له الحقوق ومنها الحـصول على الأرباح . (١)

وهناك من عرف السهم بأنه :

(صك يمثل حصة المساهم في راس مال الشركة) . (٢)

وأرى أن هذا التعريف لاينطبق على جميع الأسهم ، فنظراً لأن هنالك أسهم تعطي حقوقاً لحاملها أكثر من الأسهم الأخرى مثل أسهم الامتياز التي تكون واجبة السداد عند التصفية قبـل الأسـهم العادية بالرغم من التساوي في القيمة ، فهي بهذا الوصف تزيد عن هذا التعريف

وأما كونها صكاً فالأصل في الصكوك إثبات الحقوق ، وجرى العرف التجاري علـى دمـج حق المساهم في الصك بحيث أصبح الصك يمثل حقاً يمكن التصرف فيه فلم يعد يمثل قيمة ثابتة بل أصبح قيمة منقولة يمكن تداولها في الأسواق .

ولظروف العرف والطلب فقد تختلف القيمة الحقيقية للسهم عن القيمـة الـسوقية زيـادة ونقصاناً لا لأسباب تعود لانخفاض القيمة الحقيقية أو ارتفاعها بل لظروف العرض والطلب واقترب السهم بهذا الوصف من كونه شبه نقد ، حتى أن الأسـهم أصـبحت تقـوم فـي الشركات في الأصول سريعة التسييل .

ولعدم ثبات قيمة السهم أو مدة ملكيته فقد تختلف الأحكام الشرعية وفقـاً لـذلك فأهمهـا الزكاة .

فإذا كان الغرض من امتلاك السهم هو المساهمة الحقيقية في الشركة ، فالسهم يمثل قيمة أعيان وأصول فلا تجب الزكاة إلا على عوائده .

أما إذا انفصل السهم وأصبح مجالاً للمضارب والتقلبات قصيرة المدى فيصبح من عروض التجارة فتجب الزكاة عليه وعلى كل زيادة عليه طالما الهدف منه الاستثمار السريع قصير المدى .

خصائص الأسهم :

الأصل في الأسهم :

١- أنها أنصبة متساوية القيمة عند إصدارها (عدا الأسهم التي تحتوي على علاوة إصدار أو امتياز) .
٢- السهم غير قابل للتجزئة ، بمعنى أنه أقل وحدة مالية يمكن التحاسب بها .
٣- السهم صك قابل للتداول .

---

(١) الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن - أبو زيد رضوان - دار الفكر العربي ص٤٠٣
(٢) أحكام القانون التجاري - محمد سامي مدكور - دار التعاون - ص٢١٠

فأما كونها أنصبة متساوية القيمة فالأصل فيها أن ترتب حقوقـاً والتزامـات متساوية إلا أن غالبية القوانين سمحت بإصدار أسهم ممتازة لها دون غيرها من الأسهم العادية بعض المزايا الإضافية .

ومن واقع ممارستي : فإن القيمة الاسمية للأسهم تختلف عن القيمة السوقية إما لأسباب فنية تتعلق بسلامة المركز المالي للشركة ونجاحها ، أو لأسـباب أخرى متعلقة بأعمال المضاربين في الأجل القصير وزيادة العرض والطلب ، فالذي يبقى بعد هذا متساوياً هو الحقوق والالتزامات عند تصفية الشركة أو تنضيضها تنضيضاً حكمياً (تقييمها بشكل دوري) .

وأما كون السهم غير قابل للتجزئة فتظهر في أيلولة ملكية الورثة للـسهم ، فلا تجري تجزئة السهم في مواجهة الشركة ، ويتعين على الورثة إما بيـع السهم أو اقتسام أرباحه ، وتؤول الملكية إلى شخص منتدب منهم .

وأما قابلية السهم للتداول : فهي جوهر فكرة الشركات المساهمة ، ويـتم تـداول السهم إما بالمناولة في حالة الأسهم لحامله ، أو بالقيد في سجلات الشركة إذا كان السهم لاينتقل إلا بالقيد في حالة الأسهم لأمر ، وإذا كان الحق ثابتاً في صك لأمر فيتداول عن طريق التظهير خلف السهم لإثبات انتقال الملكية .

<u>حقوق ملاك الأسهم :</u>

١ - حق اقتسام الربح :

وهو صافي الأرباح المتحققة بعد خصم الاحتياطيات النظامية ، والاحتياطيـات الاختيارات التي يقررها الشركاء في الجمعية العمومية . وبعد تجنيب النـسبة المقررة من الشركاء في الجمعية العمومية لأي أموال لمواجهة التوسـعات ، والصافي بعد ذلك يوزع على عدد الأسهم.

٢- حق المساهم في توجيه ومراقبة نشاط الشركة عن طريـق التـصويت فيمـا يخص الموافقة على ميزانية الشركة وحساب الأربـاح والخـسائر ، وتقريـر الإدارة ، وحق الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها وفقاً لشروط معينة ، وحق رفع دعوى المسئولية على أعضاء مجلس إدارة الشركة في حالة التقـصير ، وحق الاشتراك مع مساهمين آخرين في طلب التفتيش إذا وجد مايريـب فـي أعمال الإدارة ومراقب الحسابات .

٣- حق المساهم في الحصول على نصيبه (أي مايعادل مايملكه من أسـهم) مـن موجودات الشركة عند تصفيتها نقدية أو عينية .
على ألا يؤثر ذلك على أصحاب الأولوية من الـدائنين أو أصـحاب الأسـهم الممتازة.

٤- حق الأولوية في الاكتتاب على أسهم جديدة إذا طرحتها الشركة ، فيعطى مهلة معينة لإتاحة الفرصة له لامتلاكها ، ثم تطرح على المساهمين الجدد .

حق التصرف في السهم :

للمساهم حق التصرف في أسهمه بيعاً وشراء وهبة وتوريثاً وكافة التصرفات الشرعية .

التكييف الشرعي للأسهم :

لقد أجمعت المذاهب الفقهية على مشروعية قيام الشركات بالأموال ، فعند الأحناف تصح المشاركة بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة (الرائجة) (كما يقول المرغيناني) (١)

ويتخرج الأحناف من الشركة في الأعيان ، فيقول المرغيناني :

(ولنا - أي الحنفية - أنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن ، لأنه إذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان ، فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك ، ومالم يضمن ، بخلاف الدراهم والدنانير ، لأن ثمن مايشتريه في ذمته ، إذ هي لاتتعين فكان ربح مايضمن .

ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء ، وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لايجوز ، وشراء أحدهما شيئاً بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز ، وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج الأثمان فألحقت بها .

وأما عند السادة المالكية : فقد جاء في المدونة : (٢)

(هل تجوز الشركة بالعروض ، يكون عندي ثياب وعند صاحبي حنطة أو دواب ، فاشتركنا في ذلك ، أتجوز الشركة فيما بيننا في قول مالك أم لا ؟ .

قال : قال مالك : نعم لا بأس بذلك ، قال ابن القاسم : وتفسير ذلك عندي إذا اشتركا على قدر قيمة سلعة كل واحد منهما ، ويكون العمل على كل واحد منهما بقدر رأس ماله ، ويكون عليه من الوضيعة بقدر رأس ماله) .

---

(١) الهداية - المرغيناني - ٦/٣

(٢) المدونة - الإمام مالك - ٣٠/٤

وعند الشافعية : تجوز الشركة في الدراهم والدنانير ، ولا تجـوز الـشركة فـي العرض ، ولا فيما يرجع في حال المفاصلة إلى القيمة لتغير القيم ، ولا أن يخرج أحدهما عرضاً والآخر دنانير ، ولاتجوز إلا بمال واحد بالدنانير أو بالدراهم ، فإن أرادا أن يشتركا ولم يمكنهما إلا عرض ، فإن المخرج في ذلك عنـدي أن يبيـع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه ويتقابضان ، فيصير جميع العرضين بينهما نصفين ، ويكونا فيه شريكين إن باعا أو حبسا أو عارضا ، لا فـضل فـي ذلك لأحد منهما . (١)

وأما عند الحنابلة فيقول ابن قدامة : (ولا خلاف في أنه يجوز جعـل رأس المـال الدراهم والدنانير ، فإنها قيم الأموال وأثمان البياعات . فأما العروض فلا تجـوز الشركة فيها في ظاهر المذهب ، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب ..
وعن أحمد رواية أخرى : أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ، وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال .

قال أحمد : إذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا .

ولا تصح الشركة بالفلوس ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صـاحب مالك ، ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة - أي رائجة . (٢)

وحيث أن الشركة المساهمة يوزع رأس مالها إلى أسهم فيمثل السهم حصة في رأس مال الشركة الأصلي (القيمة الاسمية) ، ولأن قيام الشركة جـائزة فينسحب الحكم على الأسهم . وذلك لأن حصة كل شريك تكون نقدية بالعملة المتداولة ، ولم يخالف مذهب من المذاهب السابقة قيام الشركة بالنقـدين أو بالفلوس (الأوراق النقدية) .

وعليه فإن إصدار الأسهم ومشاركة الشركاء عمل مشروع لاسيما إذا روعيت ظروف العصر وتغير الزمان وكثرة المساهمين المشاركين .

وقد أثيرت حول الأسهم اعتراضات منها :

١- الجهالة : وهي أن المشتري لايعلم علماً تفصيلياً بمحتوى الأسهم ، والواقع أن المشتري للسهم يعلم علماً إجمالياً بما يقابل السهم عند شـرائه مـن خـلال الميزانيات المنشورة ونشرات الشركة التي تصدرها .

٢- بيع السهم يعني بيع جزء من الأصول وجزء من النقـود وهـذا يـدخل فـي معاملات الصرف التي تقتضي التماثل والتقابض بـين الجـنس الواحـد فـي المجلس الواحد .

---

(١) مختصر المزني على هامش الأم - ٢٣٠/٢
(٢) المغني - ابن قدامة - ١٦/٥

والواقع : أن وجود النقود في موجودات الشركة يأتي تبعاً وليس أصـلاً ، لأن الأصل هو التحول إلى موجودات عينية من مبان وآلات وتجهيزات ، ولكـون النقود تابعة وليست أصلاً ، فالقاعدة الفقهية تقول : يغتفر في الشيء ضـمناً مالا يغتفر فيه قصداً ، والقاعدة الفقهية الأخرى تقول : يغتفر في التابع مـالا يغتفر في المتبوع .

٣- جزء من السهم يمثل ديناً فيكون عند ذلك بيع الدين بالدين ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء (الدين بالدين) .
والجواب على ذلك : إن هذا الأمر قد يكون وقد لايكون ، ومادخلـه الاحتمـال سقط به الاستدلال ، وعلى فرض وجودها فهي قليلة إذا قيـست بموجـودات الشركة ، وببقية رأس مالها .
والقاعدة الفقهية تقول : العبرة بالأكثر .

إن كل ماذكرناه ينصب على أسهم الشركات التي لاتتعامل في المجالات المحرمـة شرعاً : كبيع الخمور والخنزير والتي يكون غرضها الأساسي بيع الديون .

أنواع الأسهم :
أ - أنواعها من حيث الحقوق : عادية وممتازة
١- الأسهم العادية : وهي ماسبق التفصيل فيه .

٢- الأسهم الممتازة :
وهي صكوك تمثل حقوقاً أعلى مرتبة من الأسهم العادية ، وتتميز بالتالي :
أ - أنها تمثل حقاً في رأس مال الشركة يساوي السهم (وبهذا تشترك مع الأسهم العادية) .
ب - يستوفي أصحابها فائدة سنوية مئوية من رأس المال سواء ربحت الشركة أم خسرت.
ج - حق الأولوية في الحصول على الأرباح بأن يختص أصـحابها بحـصة مـن الأرباح لا تقل عن ٥٠% من الربح الأساسي ، قبل توزيع الأرباح على حملة الأسهم العادية ، ثم يتم التوزيع على جميع حملة الأسهم بأنواعها .
وهذا يعني أن ٥٠% من أرباح السهم الممتاز ضمن تمييـزاً عـن الـسهم العادي .
د - حق الأولوية في استعادة قيمة الأسهم عند تصفية الشركة وبعد تسديد ديونها وقبل اجراء القسمة بين سائر المساهمين العاديين .
هـ - يكون للسهم الممتاز أكثر من صوت واحد في اجتماعات الجمعية العمومية.

والسبب في إصدار هذه الأسهم الممتازة هو شدة حاجة الشركة لأموال جديدة في ظروف لا تشجع المستثمرين على الاكتتاب بالأسهم العادية ، كأن يكـون معـدل الأرباح متدنياً أو تكون القيمة السوقية أقل من القيمة الحقيقية لعوامـل العـرض والطلب .

تكييفها الفقهي :

إن الأسهم الممتازة تمثل حصة في رأس مال الشركة مساوية لحصص الأسهم العادية ، وإن أحكام الشركات في الفقه الإسلامي تساوي بين جميع الشركاء حسب أنصبتهم في رأس المال ، مالم يزد أحدهم بعمل أو ضمان ، فمصادر الكسب في الإسلام ثلاثة (المال والعمل والضمان) ولا نجد في حامل السهم أنه زاد بشيء منها ، فالتمييز ممنوع ، لأنه استيفاء لحقوق الآخرين بغير مسوغ .

فإذا أضيف إليها أن السهم الممتاز يحصل على نسبة مئوية من الأرباح سواء خسرت الشركة أم ربحت ، فهذا شرط مفسد لصحة العقد ، إذ اختص أحد المشاركين بربح محدد .
فيكون حكم الشركة عدم جواز إصدارها والتعامل بها .

وإذا الامتياز في حق صاحب السهم باسترجاع قيمة أسهمه قبل القسمة بين الشركاء فهذا مخالف للقاعدة الفقهية (الغنم بالغرم) .

ولكون هذا الأمر لايصح لأنه مخالف لمقتضى عقد الشركة ، فلا يجوز عملاً بالقاعدة الفقهية : (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام) ولأن في هذا العمل إلحاق ضرر متحقق بالمساهمين الآخرين ، والقاعدة الفقهية تقول : لايزال الضرر بالضرر .

وأما منح صاحب السهم الممتاز صوتاً زائداً في الجمعية العمومية فلا يجوز ذلك لأنه ينافي العدل ، فمن المفروض أن يتساوى الشركاء في الحقوق ، ومنها التساوي في الأصوات بحيث تكون بعدد الأسهم.
إما إذا كانت الأسهم لحامله ولايحق لها التصويت فلا مانع، ويأخذ صفة رب المال في المضاربة .
وفي رأي الباحث أن القاعدة الفقهية التي يمكن تطبيقها هي (النعمة بقدر النقمة) فلا يحق لصاحب الأسهم الممتازة أن يتميز بصوته عن بقية الأصوات .

وأما مايجوز شرعاً من امتياز لحامل الأسهم فهو إعطاء حق الأولوية في الاكتتاب بأسهم جديدة لأصحاب الأسهم القدامى (وأرى أن لهم حق الأولوية) لأنهم الشركاء الأولون ، وهم أولى من غيرهم بأن تظل الشركة منحصرة فيهم ، ولا يصح أصلاً أن تصدر أسهم جديدة دون موافقتهم في الجمعية العمومية ، والشرع يقرر أن الشركة قد انعقدت بالايجاب والقبول ، فإذا أرادوا توسيع أعمال الشركة فلهم أن يقرروا ذلك ، بالاضافة إلى أن حق الشفعة حق مقرر في الشرع .

ب - أنواع الأسهم من حيث ما يدفع (نقداً أو عيناً) .

وبهذا الاعتبار تقسم إلى قسمين :
١- أسهم نقدية ، وهي : الأسهم التي تدفع قيمتها نقداً .
٢- وأسهم عينية ، وهي التي تدفع قيمتها من الأموال العينية .

وقد اتفق الفقهاء على جواز المشاركة بالنقود .

وأما المشاركة بالأعيان (بالعروض) فمحل خلاف بين الفقهاء على ثلاثة آراء :
الرأي الأول : جواز الشركة بالعُروض مطلقاً - أي اتفقت جنساً أو اختلفت - حيث تنعقد الشركة بقيمتها يوم عقد الشركة (وهذا مذهب مالك) .

الرأي الثاني : صحة الشركة بالمثليات كالحبوب ، والأدهان ، ونحوها (وهذا هو الرأي الراجح عند الشافعية) .

الرأي الثالث : عدم صحة الشركة بالعروض مطلقاً (وهذا رأي أبي حنيفة وأبي يوسف وظاهر مذهب أحمد)

إن القائلين بصحة الشركة في العروض مطلقاً يقولون بأن الشركة فيها لاتتم إلا بعد تقويمها ، والاتفاق على القيمة ، ثم تصبح القيمة هي محل الشركة ، وبذلك يتضح رجحان القول الأول .

<u>ج - أنواع الأسهم من حيث الاسم وعدمه :</u>
تقسم الأسهم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام :
١- أسهم اسمية ، وهي التي يكتب عليها اسم صاحبها .

٢- أسهم لحاملها ، أي يصدر السهم دون ذكر الاسم ، فيكون حامله هو صاحبه . ربما كان لسهم يمثل حصة شائعة وأن شهادة السهم هي صك لإثبات هذا الحق في الحصة فلا مانع شرعاً من إصداره وتداوله لاسيما أنه من ضرورات العصر والضرورات تبيح المحظورات وفقاً للقاعدة الفقهية . ولأن حمل السهم لايمثل غرراً أو تعدياً على حقوق الغير فلا وجه لتحريمها .

٣- أسهم للآمر ، وهي الأسهم التي يكتب عليها اسم صاحبها ، ولكن تضاف عبارة (لأمر أو لأذن) وحينئذ يكون تداولها عن طريق التظهير - أي يكتب على ظهر الصك تحويله إلى آخر مع التوقيع وحينئذ يصبح الثاني مباشرة صاحبه ، دون الرجوع إلى الشركة .

ومن الناحية الفقهية ، فليس فيها أي مانع شرعي ، وذلك لأن الشريك الأول معروف للشركة وقد أجازت له حق نقل سهمه عن طريق التظهير ، ثم ان الشريك الأول يتخلى عن حقه بنقل مالية السهم إلى الثاني ، وهو جائز شرعاً ، سواء أكان بعوض كالبيع ونحوه ، أم بدونه كالهبة .

د - أنواع الأسهم من حيث إرجاع قيمتها :

تنقسم بهذا الاعتبار إلى نوعين :

١- أسهم رأس المال : وهي التي تبقى قيمتها إلى حين التصفية النهائية فهذه الأسهم حكمها من حيث المبدأ الجواز ، وهي الأصل والقاعدة في الشركات.

٢- أسهم تمتع : وهي الأسهم التي ترد قيمتها تدريجيا ، أو مرة واحدة قبل انقضاء الشركة .

وهذا النوع في الغالب يكون في الشركات التي تكون محددة بفترة زمنية محددة ثم تفنى أصولها كشركات السفن .

ومثل شركات الامتياز للبترول أو المعادن التي يعطى لها حق الامتياز لفترة محددة .

ولابد من ملاحظة ناحيتين فيها :

أ - إن أسهم الشركة إذا جعلت كلها على هذا الشكل ، ثم مع انقضاء كل سنة يوزع ماحصلته الشركة من النقود على جميع المساهمين بالتساوي حسب الحصص ، فهذا جائز لاغبار عليه .

ب - أما إذا كانت أسهم الشركة نوعين : أسهماً عادية ، يبقى أصحابها ملتزمين بالتزامات الشركة ، وأسهم تمتع يستهلكها أصحابها ، ويتخلصون من خسارتها ، فهذا لايجوز ، لأنه مخالف لمقتضى عقد الشركة من المساواة بين الجميع ، واحتمال المخاطرة للجميع .

أنواع القيم وحكمها :

هناك أربع قيم للأسهم :

١- القيمة الاسمية : وهي القيمة التي تحدد للسهم عند إنشاء الشركة بمعنى أن مجموع القيم الإسلامية تساوى رأس مال الشركة عند إنشائها .
وهذه المساواة مطلوبة شرعاً حتى تتحقق العدالة في توزيع الأرباح والخسائر

٢- القيمة الحقيقية : وهي نصيب السهم من صافي أصول الشركة بعد إعادة تقديرها وفقاً للأسعار الجارية .
فهي بمثابة المؤشر الحقيقي لأرباح الشركة أو خسارتها ، وهذا هو المطلوب فقهاً لمعرفة أرباح الشركة أو خسارتها .

٣- القيمة السوقية : وهي القيمة التي يباع بها السهم ، وهي ترتبط بنجاح الشركة أو فشلها .

٤- القيمة الحكمية : وهي التي تقيم على أسس محاسبية لتحديد سعر السهم عند التداول إذا أريد اتباع النظام الإسلامي وهي (التنضيض الحكمي) .

هـ - أسهم الإصدار (عمولة الإصدار) :

يطلق الإصدار على معنيين : أحدهما إطلاقه على نسبة محدودة محددة مثـل 5% مما يدفع للأسهم ، تتطلبها الشركة عند تأسيسها لمـصاريف الإصـدار الإداريـة والحكومية والدعاية ونحوها ، حتى تبقى قيمة الأسهم صافية لرأس مال الشركة . فهذه لابأس بها ، مادامت هذه النسبة مقدرة تقديراً مناسباً ، ثم يـودع مـايتبقى منها في احتياطي الشركة .

الثاني : إطلاقه على أسهم الإصدار ، فهذه الأسهم تصدرها الشركة لزيـادة رأس مالها عندما تتوسع في المشاريع ، فتحتاج إلى مصادر مالية طويلة الأجل لـدعم توسعاتها ، وحينئذ تصدر أسهماً جديدة للاكتتاب فيها ، قد تكون مـساوية لقيمـة الأسهم ، وقد تكون أعلى ، أو أقل من ذلك .

والحكم الشرعي في هذه المسألة هي أن هذه القيمة لتلك الأسهم الجديدة ان كانت مساوية لقيمة الأسهم الحقيقية أو السوقية ، فهذا لامانع منه شرعاً .
أما إذا كانت هذه القيمة أقل من القيمة الحقيقية لأسهم الشركة ، فهذا لايجـوز ، لأن ذلك يضر بحقوق المساهمين حيث يؤدي إلى إنقاص قيمة أسهمهم .

و - أنواع الأسهم من حيث المنح وعدمه :

تقسم إلى قسمين :

١- أسهم يدفع صاحبها قيمتها ، وهذا هو الأصل والمفروض والقاعدة .
٢- وأسهم منح : وهي الأسهم التي تمنحها الشركة للمساهمين مجاناً في حالـة زيادة رأسمال الشركة على شكل ترحيل جزء مـن الأربـاح المحتجـزة ، أو الاحتياطي إلى رأس المال الأصلي ، ويتم توزيعها حسب قدر الأسهم .

وهذا لاغبار عليه شرعاً مادام المنح يتم بالتساوي حسب الأسهم . (*)

* وقد ناقش مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة موضوع الأسهم وأصدر قراره رقم [٦٣ (٧/١)] بهذا الصدد جاء فيه :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكـة العربيـة السعودية من ٧ - ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م ،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع : " الأسواق المالية " الأسهم، الاختيارات ، السلع .

(*) للاستزادة عن موضوع الأسهم يرجع إلى المصادر التالية :

١- بحث للدكتور : علي محي الدين القره داغي بعنوان : أحكام الأسهم وأنواعها على ضوء قواعد الفقه الإسلامي ، وهو بحث ضمن حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة قطر العدد العاشر ١٤١٣هـ .

٢- أحكام الأسواق المالية (الأسهم والسندات) د. محمد صبري هارون .

٣- أسواق الأوراق المالية وآثارها الانمائية في الاقتصاد الاسلامي - د. أحمد محي الدين أحمد - سلسلة صالح كامل

وبعد استماعه إلى المنافشات التي دارت حوله ،

قرر ما يلي :

أولاً : الأسهم :

١ – الإسهام في الشركات :

أ - بما أن الأصل في المعاملات الحل فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مشروعة أمر جائز .

ب - لا خلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم ، كالتعامل بالربا أو إنتاج المحرمات أو المتاجرة بها .

ج - الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات ، كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة .

٢ – ضمان الإصدار (UNDER WRITING)

ضمان الإصدار : هو الاتفاق عند تأسيس شركة مع من يلتزم بضمان جميع الإصدار من الأسهم ، أو جزء من ذلك الإصدار ، وهو تعهد من الملتزم بالاكتتاب في كل ما تبقى مما لم يكتتب فيه غيره ، وهذا لا مانع منه شرعاً ، إذا كان تعهد الملتزم بالاكتتاب بالقيمة الاسمية بدون مقابل لقاء التعهد ، ويجوز أن يحصل الملتزم على مقابل عن عمل يؤديه - غير الضمان - مثل إعداد الدراسات أو تسويق الأسهم .

٣ – تقسيط سداد قيمة السهم عند الاكتتاب :

لا مانع شرعاً من أداء قسط من قيمة السهم المكتتب فيه ، وتأجيل سداد بقية الأقساط، لأن ذلك يعتبر من الاشتراك بما عجل دفعه ، والتواعد على زيادة رأس المال ، ولا يترتب على ذلك محظور لأن هذا يشمل جميع الأسهم ، وتظل مسئولية الشركة بكامل رأس مالها المعلن بالنسبة للغير ، لأنه هو القدر الذي حصل العلم والرضا به من المتعاملين مع الشركة .

٤ – السهم لحامله :

بما أن المبيع في (السهم لحامله) هو حصة شائعة في موجودات الشركة وأن شهادة السهم هي وثيقة لإثبات هذا الاستحقاق في الحصة فلا مانع شرعاً من إصدار أسهم في الشركة بهذه الطريقة وتداولها .

٥ – محل العقد في بيع السهم :

إن المحل المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصة الشائعة من أصول الشركة ، وشهادة السهم عبارة عن وثيقة للحق في تلك الحصة .

٦ – الأسهم الممتازة :

لا يجوز إصدار أسهم ممتازة ، لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الربح أو تقديمها عند التصفية ، أو عند توزيع الأرباح. ويجوز إعطاء بعض السهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية.

٧ – التعامل في الأسهم بطرق ربوية :

أ - لا يجوز شراء السهم بقرض ربوي يقدمه السمسار أو غيره للمشتري لقاء رهن السهم، لما في ذلك من المراباة وتوثيقها بالرهن وهما من الأعمال المحرمة بالنص على لعن آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه .

ب - لا يجوز أيضاً بيع سهم لا يملكه البائع وإنما يتلقى وعداً من السمسار بإقراضه السهم في موعد التسليم ، لأنه من بيع ما لا يملك البائع ، ويقوى المنع إذا اشترط إقباض الثمن للسمسار لينتفع به بإيداعه بفائدة للحصول على مقابل الإقراض .

٨ – بيع السهم أو رهنه :

يجوز بيع السهم أو رهنه مع مراعاة ما يقضي به نظام الشركة ، كما لو تضمن النظام تسويغ البيع مطلقاً أو مشروطاً بمراعاة أولوية المساهمين القدامى في الشراء ، وكذلك يعتبر النص في النظام على إمكان الرهن من الشركة برهن الحصة المشاعة .

٩ – إصدار أسهم مع رسوم إصدار :

إن إضافة نسبة معينة مع قيمة السهم ، لتغطية مصاريف الإصدار ، لا مانع منها شرعاً ما دامت هذه النسبة مقدرة تقديراً مناسباً .

١٠ – إصدار أسهم بعلاوة إصدار أو حسم (خصم) إصدار :

يجوز إصدار أسهم جديدة لزيادة رأس مال الشركة إذا أصدرت بالقيمة الحقيقية للأسهم القديمة - حسب تقويم الخبراء لأصول الشركة - أو بالقيمة السوقية .

١١- ضمان الشركة شراء الأسهم :

يرى المجلس تأجيل إصدار قرار في هذا الموضوع لدورة قادمة لمزيد من البحث والدراسة.

١٢- تحديد مسئولية الشركة المساهمة المحدودة :

لا مانع شرعاً من إنشاء شركة مساهمة ذات مسئولية محدودة برأس مالها، لأن ذلك معلوم للمتعاملين مع الشركة وبحصول العلم ينتفي الغرر عمن يتعامل مع الشركة .

كما لا مانع شرعاً من أن تكون مسئولية بعض المساهمين غير محدودة بالنسبة للدائنين بدون مقابل لقاء هذا الالتزام . وهي الشركات التي فيها شركاء متضامنون وشركاء محدودو المسئولية .

١٣- حصر تداول الأسهم بسماسرة مرخصين ، واشتراط رسوم للتعامل في أسواقها :

يجوز للجهات الرسمية المختصة أن تنظم تداول بعض الأسهم بأن لا يتم إلا بواسطة سماسرة مخصوصين ومرخصين بذلك العمل لأن هذا من التصرفات الرسمية المحققة لمصالح مشروعة.

وكذلك يجوز اشتراط رسوم لعضوية المتعامل في الأسواق المالية لأن هذا من الأمور التنظيمية المنوطة بتحقيق المصالح المشروعة .

وقد عرض موضوع طرح أسهم للشراء من قبل البنك الإسلامي على ندوة البركة الثانية وكانت الفتوى الصادرة هي :

السؤال :

هل يجوز للبنك الإسلامي الذي يملك نسبة عالية في رأس مال شركة ما أن يعرض إيجاباً عاماً بشراء حصص فيها أو أسهمها مع تحديد الثمن الذي يشتري به الحصة أو السهم في خلال فترة معينة ؟

الفتوى :

يجوز للبنك الإسلامي أن يعرض إيجاباً عاماً بشراء هذه الحصص أو الأسهم ما لم يكن ذلك وسيلة إلى محرم .

كذلك عرض موضوع اشتراك مؤسسات أخرى في التعهد بشراء الحصص والأسهم على ندوة البركة الثاني . وهذا نص السؤال والفتوى :

السؤال :

هل يجوز للبنك الإسلامي الذي تعهد بشراء الحصص أو الأسهم المعروضة للبيع (كما في الفتوى السابقة) هل يجوز له أن يشرك معه بنوكاً ومؤسسات إسلامية فـي شـراء هـذه الحصص وإعادة بيعها للراغبين ؟

الفتوى :

يجوز للبنك الإسلامي الذي يعرض إيجاباً عاماً بشراء الحصص أو الأسهم المعروضة أن يشرك معه غيره من البنوك والمؤسسات الإسلامية في الإيجاب بنفس الشروط ، شـريطة أن يتم الإعلان عن اسم البنك أو المؤسسة المنضمة كلما طرأ تغيير على أسماء المشاركين بالإيجاب .

٣- السندات

تعريف السند : صك تصدره دولة أو شركات عامة أو خاصة ذات شخصية اعتبارية ويتعلق بقرض يستحق استرداد قيمته عند حلول الأجل ويعطى مالكه حق استيفاء فائدة سنوية .

<u>خصائص السندات :</u>

١- يمثل السند ديناً على الشركة .
٢- يتقاضى حامل السند فائدة سنوية محددة بغض النظر عن ربح الشركة أو خسارتها وفي بعض الأحوال يحق لحامل السند الحصول على نسبة مئوية من الأرباح .
كما يجوز أن يحصل حامل السند على جائزة انتقائية بالقرعة في بعض الأحوال.
٣- يتقدم حملة السندات على حملة الأسهم (الشركاء) في استيفاء قيمة سنداتهم عند تصفية الشركة لأموالها .
٤- لايشترك حملة السندات في إدارة الشركة ، وليس لقراراتهم أي تأثير ولايشتركون في الجميعة العمومية للشركة (اجتماع الملاك حملة الأسهم).
٥- يمكن تداول السند في الأسواق بالطرق التجارية .

<u>أنواع السندات :</u>

١- السند الذي يشتمل على علاوة الإصدار :
وهو سند يصدر بقيمة محددة مثلا (١٠٠ ريال) ولكن يدفع المشتري (٩٠ ريالاً) ويكون الفرق علاوة إصدار ويستحق هذا السند فائدة سنوية ثابتة منسوبة إلى القيمة الاسمية وليس إلى القيمة المدفوعة ، وعندما يحل أجل الوفاء بقيمة السند يدفع الثمن الاسمي الذي هو أعلى من المدفوع فعلاً عند الشراء .

٢- سند القرض واليانصيب :
وهو سند مصدر بقيمة اسمية ويكتتب فيه بنفس القيمة ، يحصل مشتريه على فائدة سنوية ثابتة ، ويتم عمل قرعة سنوية تعيد الشركة فيها شراء بعض السندات عن طريق القرعة ، ويعطى للفائز بالقرعة جائزة .

٣- السند الصادر بسعر الإصدار ذو العائد الثابت :

وهو السند العادي المصدر بالقيمة الإسمية ، ويتقاضى حامله فائـدة سـنوية محددة ، ويتم تسديدها عند موعد الاستحقاق ، وهو قابل للتداول .

٤- السند المضمون :

وهو السند المصدر بقيمة اسمية ويستحق فائدة سنوية ثابتـة ، ومـضمون برهن من عقار أو منقول ، ويستحق السداد عند حلول الأجل .

<u>الغرض من إصدار السندات :</u>

تلجأ الحكومات أو الشركات أو المؤسسات الاعتبارية (مثل شركات القطاع العـام والمؤسسات العامة) إلى إصدار سندات عند الحاجة إلى مقدار معين مـن المـال تطور به أعمالها ، أو تصرف به على استهلاكها (كما هو الحال بالنسبة للـدول) والمشهور في التعامل بالسندات :

١- تمويل عجز ميزانيات الدول .
٢- تمويل مشاريع محددة للدول أو للشركات .
٣- تمويل تسديد ديون سابقة حل أجلها للدول أو الشركات .

<u>أسباب شراء الأفراد (المقرضين) للسندات :</u>

١- الرغبة في الحصول على فوائد ثابتة .
٢- تمتع فوائد السندات باعفاءات ضريبية غالباً .
٣- الجهل بمصادر الاستثمار والرغبة في تنمية المـال مـع تجنـب المخاطر

<u>التكييف الفقهي للسندات :</u>

السند صك قابل للتداول محله قرض معلق بذمة الشركة واجب السداد عنـد حلول الأجل ، يستحق فوائد ثابتة زائدة على رأس المال .

فهل هو قرض أم مضاربة أم مشاركة أم ربا ؟

١- فالقرض :

هو (ماتعطيه من مثل ماتتقاضاه) (١) ، أو تمليك شيء على أن يـرد بدلـه (عند الشافعية) (٢) وهو دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع بـه ويـرد بدلـه (عنـد الحنابلة) (٣)

فهل السند ينطبق عليه أحد التعاريف السابقة ؟

نجد أن الفائدة التي يتقاضاها مشتري السند تخرج السند مـن القـرض ، وهـي الصفة المشتركة لجميع أنواع السندات .

١- حاشية رد المختار - ابن عابدين - ص١٦١ - مطبعة مصطفى البابي - ط٢
٢- مغني المحتاج - الشربيني - ١١٧/٢ - مطبعة البابي - ط١٩٥٨

٣- كشاف القناع - البهوتي - ٢٩٨/٣ - مطبعة الحكومة - مكة - ١٣٩٤هـ .

٢- أما المضاربة :

فلا ضمان فيها لرأس المال على العامل ، ولاتحديد لنسبة ثابتة في الأرباح .
- فهي أموال تدفع أو تؤخذ باعتبار أنها رؤوس أموال تستثمر في مشروعات تجارية ويجري استثمار الأموال وفق طرق علمية (١)

وهو عقد يتضمن اشتراط الربح للعامل في المال وهو المصرف عـدا مبلـغ ٥% لرب المال وهي نسبة تبرع بها المصرف اختياراً . (٢)

وإن تصوير التعامل بالسندات على أساس أنه مضاربة مجرد تغطيـة لفظيـة (ومن سبيل الضمان أن يقرضه المال إلا درهماً فيعقد به شركة عنـان وبمـا أقرضه على أن يعملا والربح بينهما ثم يعمل المستقرض وحده ، فـإذا هلـك المال فالقرض عليه) . (٣)

كما لو أقرضه قائلاً هذا المال قرض عليك شهراً ثم هو مضاربة لم يصح لأنه إذا صار قرضاً ملكه المقرض فلم يصح عقد المضاربة عليه وهو فـي ذمتـه لعدم ملك رب الدين له . (٤)

فعليه :

إن كان اللفظ لفظ مضاربة فحقيقته مخالفـة لـذلك ، لأنـه أخـل بالـشروط الضرورية للمضاربة ، وهي عدم تحديد نسبة محـددة لأربـاح رب المـال ، والعامل ، وأيضاً ضمان العامل رأس المال يفسد المضاربة من غير تفريط .

فإذن : السند يخرج عن نطاق المضاربة .

٣- والمشاركة :

تقتضي أن يشترك الشريك في الربح والخسارة ، وليس لأي منهما ضمان في ربح معين دون الآخر ، وليس له ضمان في رأس المال .

وفي عالمنا المعاصر لايحق لحامل السند أو مالكه المـشاركة فـي الادارة أو حضور الجمعيات العمومية أو تقاضي أرباح تزيد أو تقل عن الفائدة المذكورة في السند وبذلك يخرج السند عن نطاق المشاركة .

---

(١) شهادات الاستثمار - ياسين سويلم بحث مقدم للمؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية - القاهرة
(٢) حكم الشريعة على شهادات الاستثمار (علي الخفيف) بحث مقدم للمؤتمر الـسابع لمجمـع البحـوث الاسـلامية بالقاهرة .
(٣) رد المحتار - ابن عابدين - ٦٤٦/٥ .
(٤) كشاف القناع - البهوتي - ٥٠٣/٣ .

٤- والربا :
يعرف بأنه : (فضل خال عن العوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين) (١)

وهو : (الزيادة في الدين مقابل الأجل ، وهي الزيادة التي يزيدها المربي في دينه لتأخيره إلى أجل) (٢)

وقيل هو : (الزيادة في أشياء مخصوصة) . (٣)

ومما عرف به الربا : (هو عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حال العقد ، أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما) (٤)

فالسند بهذا تنطبق عليه أوصاف جمهور الفقهاء القدماء والمعاصرين في تعريف الربا ، ولاعبرة لمن شذ عن ذلك ، فهو ربا .

هل هناك ضرورة تبيح السند ؟
إن من القواعد الفقهية المستقرة أن الضرورة تقدر بقدرها ، فلا ينبغي التوسع في مبدأ الضرورة لبعض التصرفات خصوصاً إذا كانت متكررة ، ولاتصبح الضرورة ضرورة إلا إذا عدم البديل ، والبديل اليوم متوفر ، وهي صكوك القراض (المضاربة) أو التأجير المنتهي بالتمليك) .

فمثلاً لو احتاجت الدولة لتمويل عجز ميزانيتها يمكنها أن تبيع من أصول ممتلكاتها مثل : (المدارس أو المستشفيات) ثم تعيد استئجارها استئجاراً منتهياً بالتملك .
أما الشركات والمصانع فتستطيع أن تستخدم أسلوب التأجير المنتهي بالتمليك أو المرابحة .

فإذن : لا وجه شرعي يمكن أن يسوغ إجازة التعامل بالسندات عند الضرورة ، ولا توجد ضرورة تبيح لنا استحلال المحرمات وإن كانت بغير مسمياتها ، فالعبرة ليست للألفاظ والمباني بل للمقاصد والمعاني .

---
(١) رد المحتار - ابن عابدين - ٦٩/٥ .
(٢) المقدمات - ابن رشد - ٥٠٣/٢ - دار صادر .
(٣) المغني - ابن قدامة - ٣/٤ - مكتبة القاهرة .
(٤) مغني المحتاج - الشربيني - ٢١/٢

تنقسم إلى قسمين : عاجلة وآجلة

أولاً : العاجلة :

تعريفها : وهي العمليات التي تتم بصورة عاجلة في مكان التعاقد ، حيث يلتزم البائع والمشتري بتنفيذ عقودها ، ويستلم المشتري السهم والبائع الأموال أو وكيليهما .
وعادة مايتعامل بهذه الصيغة المستثمرون الذين يرغبون بالاحتفاظ بالأسهم رغبة في الحصول على أرباحها عند توزيعها أو الاحتفاظ بها لحين ارتفاع أسعارها ثم بيعهـا ويحققون ربحاً إضافياً يتحدد وفقاً لإجراءات العرض والطلب .

تكييفها الفقهي :

هي عملية بيع وشراء لأسهم وسندات وتقابض للثمن مستوفية لجميع أركان البيـع سواء من حيث الثمن أو المبيع ، فهي بهذا الوصف جائزة إذا خلت من أي شـوائب أخرى كربا أو غرر أو تناجش .
ودليل إباحتها قول الله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا) وهي الأصل في البيوع .
وطالما أن جمهور الفقهاء المعاصرين أجاز بيع الأسهم وشراءها فلا شيء فيها .
أما السندات ولتضمنها كما ذكرنا سابقاً عنصر الربا فهي محرمـة وإن تمـت بهـذه الصورة وتدخل ضمن العمليات العاجلة :

عمليات الشراء بالهامش :

هي عمليات شراء أسهم أو سندات يدفع المشتري جزءاً من المال للسمسار ويقترض منه مبلغاً آخر لشراء كمية أكبر من الأوراق المالية .
ويحتفظ السمسار (الوسيط) برهون (أسهم وسندات) تزيد قيمتها عن ديـن العميـل (المشتري) والغرض من هذه العملية هو تعظيم ربح المشتري عبر الأجل وذلك لتوقع المشتري ارتفاع سعر السهم في المستقبل ، فلو اشترى بمئة ألف دولار أسهماً وكان سعر السهم ألف دولار وربح السهم ٥% فإنه سيربح خمسة آلاف دولار .
أما إذا اشتراها بالهامش ولنفرض أن الهامش ٥٠% وهو ماسيدفعه المشتري مـن أمواله وتعادل ٥٠ ألف دولار ويقترض من السمسار (الوسيط) ٥٠% من المبلغ أي ٥٠ ألف دولار فإنه يحقق ربحاً قدره ٥ آلاف دولار مع أنه لم يدفع سوى ٥٠ ألـف دولار .

التكييف الفقهي :

هذه العملية دخلت فيها عدة عناصر :
١- إذا كانت لشراء سندات والسندات مشتملة على الربا فهي ممنوعة .
٢- احتوت هذه العملية على وجود دين متعلق بذمة الطرف المشتري .
٣- دخل في العملية الأجل وزيادة مشروطة في الدين مقابل الأجل .

وبذلك تكون العملية قد احتوت على عناصر الديون الثلاثـة فحكمهـا : التحـريم لاشتمالها على عنصر الفائدة (الربا) ولايمكن التعذر بهذه الحالة بقول (الضرورات

تبيح المحظورات) فالأصل في الأموال الربوية التحريم .

ثانياً : الآجلة :

تعريفها : هي العمليات التي يتم فيها بيع وشراء مؤجل العوضين إلى تاريخ مقبل يجري فيه التسليم والتسلم ، ويسمى : يوم التصفية .

والغرض من هذه العمليات : أن يحصل المضارب على الفرق بين السعر الذي عقدت به العملية وبين سعر التصفية .

وغالباً ماتتم التصفية بشكل دوري تسلم فيه الأوراق المالية والثمن .

وهذه العقود تكتنفها الملابسات التالية :

١- لاتفيد التمليك فلا تحدث آثار البيع والشراء التي رتبها الشرع ، ولا تدل على العقد.

التكييف الفقهي :

١- فيها بيع دين بدين بتأجيل تسليم المبيع وكذلك الثمن فهي نسيئة بنسيئة . (وهي بيع الكالىء بالكالىء) الذي نهى عنه رسول ا صلى ا عليه وسلم .

٢- احتوت هذه العملية على الغرر والضرر لأحد المتعاقدين ، فلا يكسب أحدهما إلا على حساب الآخر ، ومصادر الكسب في الإسلام ثلاثة : رأس المال (ولم يدفع هنا) ، أو ضمان (ولا ضامن هنا) أو عمل (ولا أثر له في هذه العملية) فإذا أضفنا لذلك أنه قد يتم التعامل في أسهم الغير سواء باقتراضها أو التصرف بها بغير إذن مالكها، فهو تصرف في ملك الغير بغير إذنه فهو باطل. فحكمها هو التحريم للغرر الفاحش ومخالفة شروط العقود المنصوص عليها ، بل ومخالفة نيتهما لمقتضى العقد ، فليس الغرض هو التمليك وإنما المضاربة على الأسعار.

أنواعها :

١- البيوع الباتة القطعية :

وهي عملية بيع وشراء مؤجل فيه العوضان لموعد التصفية وليس لأحد منهما التراجع عن السعر المحدد ، ولكن يجوز فيها تأجيل موعد التصفية إلى موعد لاحق ، وعادة ماتنتهي بخسارة أحد الطرفين .

وهذه العملية أجل فيها العوضان وأبيح فيها تأجيل موعد التصفية فهي مخالفة لشروط صحة العقود ، إذ لابد من تسليم أحد العوضين . ودخل في هذا العقد الجهالة المفرطة لعدم تحديد العوضين تحديداً لايفضي إلى التنازع ، وربما بيعت أسهم غير موجودة باقتراض السمسار لها أو شرائه لها عند موعد التصفية .

٢- العمليات الآجلة بشرط التعويض (الاختيارات) :

وهي عملية تتم بين البائع والمشتري يشترط أحد الطرفين الاختيار بين تنفيذ

العملية من عدمها مقابل أن يدفع غرامة مالية يتم الاتفـاق عليهـا مـسبقاً كتعويض في حالة عدم تنفيذ العملية .

والغرض من هذه العملية : أن المشتري (المضارب) أو البائع يحصر خسارته في هذه الغرامة وفقاً لما تتكشف عنه الأسعار عند موعد تنفيذ العملية .
وقد تكون هذه العملية :

أ - شرطية للمشتري (اختيارات الشراء) :

يكون الاختيار له في تنفيذ العملية ودفع الثمن واسـتلام الأسـهم (الـصكوك) أو يتخلى عن تنفيذ العملية ويدفع التعويض المشروط ويكون البـائع ملزمـاً بقـرار الصفقة ربح أم خسر .
وهذه العملية أجل فيها العوضان واشترط فيها شرط يخالف مقتضى العقد ، ولـم يكن البيع فيها ناجزاً فاكتنفها الجهل بعدم تحديد السعر النهـائي تحديـداً يقطـع التنازع ، والغرر المفضي للإضرار الفادح بالبائع .
وليس في هذه العملية تسلم للثمن أو للمثمن فهي غير جائزة .

ب - شرطية للبائع (اختيارات البيع)

وهي عملية يكون فيها الاختيار للبائع في تنفيذ العملية أو تركها على أن يدفع في حالة عدم تنفيذها غرامة (تعويض) يحدد عند التعاقد ، ولايتم فيها دفع الـثمن أو الأسهم أو تقابضها ، فهي عملية أجل فيهـا العوضـان واكتنفهـا غـرر جـسيم للمشتري ، ولذلك لاتجوز .

ج - العمليات الشرطية المضاعفة (خيار الزيادة) :

وهي عملية خيار للبائع أو للمشتري كما سلف يشترط فيها البائع أو المشتري أن يزيد الكمية إذا جاء يوم التصفية وكانت الأسعار لصالحه فيضاعف الكمية بيعاً أو شراء في مقابل أن يدفع تعويضاً مناسباً يحدد يوم العقد ولا يرد إلى دافعه ، فهذه العملية اكتنفها الجهالة والغرر والمجازفة (المقامرة) وهي متضمنة لبيعين في عقد واحد (الكمية الأصلية والزائدة من جنس الصنف) فتكون داخلة في النهـي عـن صفقتين في صفقة واحدة .

د - العمليات الآجلة بشرط الانتقاء :

وهي أن يتم الاتفاق بين البائع والمشتري ولكل منهما حـق الخيـار فـي إبـرام الصفقة في موعد التصفية المحدد في العقد ، وللمتعامل بخيار الـشراء التمـسك بالسعر الأعلى أو البيع بالسعر الأدنى ، فهذه العملية قائمة على التوقعات .
فقد يتوقع المشتري ارتفاع الأسعار أو هبوطها ، بينما يتوقع البائع أن الأسعار لن يطرأ عليها أي تغيير .
فهذه العملية مقامرة صرفة إذ لم يحدد فيها الثمن ، ولم تتحقق أركـان العقـد ، وتأجل فيها العوضان فلا تجوز شرعاً .

هـ - خيار الوضيعة :

يبرم العقد بين البائع والمشتري ويتضمن شرطاً : أنه يحق للمشتري تأجيل موعد

التصفية (تنفيذ الصفقة) إلى موعد لاحق تتحسن فيه الأسعار ويسمون هذا العقد بالمرابحة ، بحيث يشتري البائع الأسهم في موعد التصفية الأول ويبيعها للمشتري بيعاً مؤجلاً عند موعد التصفية اللاحق مقابل أن يدفع المشتري فائدة تسمى (فائدة التأجيل) .
وهذه العملية لاتتوفر فيها أركان البيع وتشبه بيع العينة ، ودخلت فيها الفائدة وهي قرض ربوي مقابل التأجيل للموعد ، فلا تجوز شرعاً .

و - العمليات الشرطية المركبة :
وهي عملية يكون للمشتري أو للبائع حق في أن يكون بائعاً أو مشترياً أو حق الفسخ ، شريطة أن يدفع تعويضاً عند التعاقد يكون أكبر من عمليات الخيار السابقة.

وهذه العملية مركبة على شراء مؤجل بشرط التعويض مع بيع مؤجل بات ويقوم بها عادة الأشخاص في حالة توقع انخفاض أسعار الأسهم فيحقق الربح المرجو ويتحوط في نفس الوقت على التعرض للخسارة في حالة ارتفاع الأسعار فيحدد حجم خسارته بالتعويض الذي يدفع عند التعاقد .
فهذه العملية احتوت على صفقتين في صفقة واحد ، وهذا منهي عنه ، بالإضافة إلى عدم تحديد مركز المشتري هل هو بائع أم مشتري ؟ أو إمكانية فسخ العقد وخسارة مبلغ التعويض ، فهي أشبه ماتكون بالمقامرة منها إلى التجارة .

ح - اختيارات المؤشر :
وهي عقود تبرم على مؤشرات السوق ، ويقصد بمؤشرات السوق : وحدة حسابية تتكون من إجمالي عدة أسهم مختلفة ممثلة للأسهم المتداولة في السوق ، ويؤخذ متوسطها وينظر في هذا المؤشر ارتفاعاً وهبوطاً فيتم العقد على هذا الارتفاع والهبوط لهذه المؤشرات ، ولكون المؤشرات تتعدد حسب محتوياتها من أسعار الأسهم فيحدد في العقد المؤشر محل التعامل .

ويحدد في العقد إما على الارتفاع أو الانخفاض في هذا المؤشر أو مضاعفاته ، ويقصد بمضاعفات المؤشر عدد المرات التي يضرب فيها المؤشر لنحصل على العدد الكلي الذي يتم التعاقد عليه .

وهناك اختلافات بين شراء المؤشر والأسهم وهي اختلافات جوهرية :
١- لايوجد محل للبيع والشراء وإنما هي أرقام مجردة ، فليس فيه استلام وتسليم لعوضين فأحدهما معلوم (وهو المؤشر) وغير موجود .
٢- إن التسوية عند انتهاء العقد في يوم التصفية تسوية نقدية ليس فيها عوضان وإنما مال مقابل توقعات قد تصدق وقد تخيب ، أي أن المشتري يحصل على الفرق بين قيمة المؤشر عند الشراء وقيمته في يوم التنفيذ .

التكييف الفقهي :

لايوجد محل للبيع في هذه العملية فهو أمر اعتباري غير ملموس ، ولايمكن تسليمه وهكذا يختل شرط من شروط البيع وهو إمكانية التسليم ، فيأخذ حكم بيع المجهول ، وصورية العقد ، علاوة على مايكتنف هذا البيع من غرر وجهالة . فهذا البيع ممنوع والقاعدة الفقهية تقول : المجهول في الشريعة كالمعدوم . ولأن الأصل فيه الجهالة ، فالفرع يتبع أصله .

<u>الحكم الفقهي للاختيارات :</u>
إن الاختيارات كما وصفت سابقاً لاتنطبق عليها كل أو بعض الشروط المطلوبة شرعاً من وجود المعقود عليه وجوداً حقيقياً ، وتأخير العوضين ، وهذا أمر مخالف لشروط البيع أو حتى السلم ، والربح في عقود الخيارات يقع بعيداً عن الضمان فتختل قاعدة (الغنم بالغرم والخراج بالضمان) فلا يمكن تسمية هذه الخيارات بيوعاً وهي من العقود المستخدمة التي لايمكن إنزالها على علل العقود السابقة .

وكما رأينا فإن هذه العقود تنبني على المقامرة ، والربح على حساب الآخر ، وتدخل في عموم أكل أموال الناس بالباطل ، إذ غالباً مايربح غير الضامن ويخسر الضامن وهو انقلاب لقاعدة (الخراج بالضمان) .

ولقد سرت هذه العقود إلى أسواق المسلمين من غير تمحيص وتدقيق في الآثار المترتبة عليها ، ولقد ساهمت أمثال هذه العقود في انهيار الأسواق المالية الغربية إذ تزيد الفقير فقراً والغني غنى ، ولاتحقق الأغراض المرجوة منها في تنمية اقتصاديات الدول ، فهي نقل للثروة بين طرفين دون أن يعود من هذا التعامل فائدة من دفع أجور أو تنمية بإنشاء مشاريع جديدة ، فحكمها التحريم .

التحوط (HEDGING)

التمهيد :

يمثل " المستقبل " الهاجس الرئيسي لجميع فئات المتعـاملين فـي أسـواق المـال والاستثمار، وفي جميع النشاطات الإنتاجية والخدمية ، ويصبح المستقبل أكثر خطورة وإقلاقاً كلما كانت التقلبات كبيرة ومتكررة ، وكلما كانت أسواق المال والاستثمار أقل مقدرة وكفاءة على التعامل مع الأحداث ذات التأثير المباشر وغير المباشر فـي قـيم الأصول السلعية والمالية المتداولة ، وهي الأحداث التي يكون مصدرها الـسياسة أو الاقتصاد أو كليهما معاً .

هـذا ويمكن تمييز مصادر الخطر الرئيسية التالية التي تواجه المستثمرين في هـذا المجال :

- مخاطر تغير هيكل أسعار الفائدة وتقلب أسعار الأوراق المالية تبعاً لذلك .
- مخاطر تغير أسعار الصرف الأجنبي .
- مخاطر تقلب الأوضاع في أسواق السهم .
- مخاطر تقلب قيم الأصول السلعية .

الوصف العام :

١- التحوط هو إجراء يقصد منه إزالة أو تخفيف الآثار المترتبة علـى ارتفـاع أو انخفاض الصفقات سواء من حيث أسعار الفائدة التي يتم تقاضيها خـلال فتـرة العقد .

٢- أو تغير سعر الصرف بين العملات ، فقد ترتفع عملة وتنخفض أخرى خلال فترة العقد ، خصوصاً فيما يخص الصادرات .

٣- أو التقلبات في قيم السلع المشتراة (الأصول السلعية) المستثمر فيها بين وقـت إبرام العقد وتنفيذه .

طريقة إتمام العملية :

- في حالة الالتزامات بالنسبة للأصول المقومة بالعملات الأجنبية فيكون تغطيتهـا بالعمليات الآجلة .
- وهناك الأوراق المالية من أذونات خزينة قصيرة الأجل (تـستحق خـلال سـتة أشهر) أو سندات حكومية أو لشركات متوسطة الأجل (أقل من سـنة) أو أوراق مالية أذونات وسندات طويل الأجل ذات أسعار فائدة ثابتة وأخرى ذات أسـعار فائدة متغيرة سنوياً ، وهنالك ودائع لدى البنوك مقومة بعملات أجنبيـة قابلـة للانخفاض والارتفاع في سعر الصرف ، ثـم الأسهم بأنواعها المذكورة سالفاً ، ثم مؤشرات الأسهم التي ذكرت سابقاً ، وكل هذه قد تكون حكومية أو شـركات خاصة وعامة .

ويتم التحوط عادة إما :

١- بغرض تثبيت المخاطر (مخاطر ارتفاع الفائدة) أو أسعار الصرف أو أموال الأسهم أو قيم الأصول ، عند ساعة اتخاذ القرار ، بمعنى بغير غرض الربح أو المضاربة وإنما لتثبيت حجم الالتزامات ، ويسمى هذا بالتحوط الساكن

٢- ويقوم البعض بالتحوط المتحرك وتجريه الجهة التي ترغب فيه بالطريقة التي تمكنها من التطورات المتوقعة عند إبرام العقود ، وبمعنى آخر : فهذه الفئة تريد الاستفادة بتحقيق نتائج صافية جديدة وليس مجرد دفع المخاطر وتثبيت العقود .

أمثلة على إجراء التحوط :

١- العقد الآجل بالعملة الأجنبية :

فلو كان محل العقد هو شراء بضائع مثل السيارات فهنالك فترة بين موعد فتح العقد واستلام السيارات وبالتالي الدفع .

فإذا افترضنا أن التقلبات في أسعار الصرف قد تؤدي لارتفاع سعر الصرف مع الين الياباني بالارتفاع فعند تسديد قيمة الصفقة ستقع على المشتري بقيمة أكبر ، فلمنع هذا الأمر فإن المشتري يشتري ثمانية عقود آجلة مثبتة الأسعار فإذا تحركت الأسعار ارتفاعاً فإن العقود التي تحوط بها يمكنها أن تغطي بما حققته من أرباح خسائره في عقده الأساسي فيخصم هذه من تلك ويخفف خسارته ، فيكون مستعداً في هذه الحالة لتحمل خسائر بسيطة مقابل خسارة كبيرة ويمكن أن تعقد لأمثال هذه العمليات عقود تأمين لإلغاء هذه التقلبات في الأسعار .

التكييف الفقهي :

إن هذه العملية عملية تجارية دخلت فيها عملتان مختلفتان ، عملة دولة المشتري وعملة دولة المصدر فإما أن يتم البيع والشراء بسعر يوم الشراء وتحول الأثمان وبذلك لاتختلف عليه الأسعار مستقبلاً ، أو إن كان بيع سلم فأيضاً يكون الثمن معجلاً فابتداء لايجوز تأخير دفع الثمن ، فالقاعدة الفقهية العامة تشير إلى أن (الغنم بالغرم) فاستحقاق الربح لايكون إلا بتحمل المخاطرة .

أما محاولة التحوط بعقود محرمة فممنوع ، فلا التأمين (غير التعاوني) مباح ، والقاعدة الفقهية تقول (الضرر لايزال بالضرر) ثم ان توقع ارتفاع أو انخفاض سعر الصرف أمر متوهم قد يقع وقد لايقع ، والقاعدة الفقهية تقول : لاعبرة بالتوهم .

فالأولى اتخاذ سعر صرف يوم الشراء لأنه يقين وماثبت باليقين لايرفع إلا باليقين وفقاً للقاعدة الفقهية .

أما في حالة الاقتراض والإقراض قصير الأجل : عادة تكون أسعار الفائدة ثابتة لمدة ثلاثة أشهر وتتغير بإجراء من البنوك المركزية أي بأمر خارج عن إرادة الشركات ، فإذا عقد القرض بالدولار مثلاً وكان سعر الفائدة ٥% ثم ارتفع إلى ٨% فإن

المقترض يتحوط لسداد هذه الـ ٣% ببيع عقود آجلة ، فإذا ارتفعت تكلفة القـرض عليه فإن الانخفاض الحاصل في تكلفة العقود التي باعها وماتحقق منها مـن فائـدة يكافىء ماعليه من ارتفاع أو يزيد .

فإذن هذا التحوط بني على سعر الفائدة فهو أساساً حرام لأنه ربا ، ثم تحـوط فـي آثاره ببيع عقود آجلة دخلت فيها معدلات الفائدة وهي محرمة أيـضاً ، فالعقـد مـن أساسه باطل والتحوط من أجله باطل ، فإنها في شكلها عقود بيع وشـراء إلا أنهـا احتوت على عنصر الفائدة ، والقاعدة الفقهية تقول : إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام . (وماحرم أخذه حرم إعطاؤه) فحكمها حرام .
ولو استعيض عن ذلك ببيع المرابحة لكان أولى .

٢- التحوط بواسطة عقود السندات :

وهي تجري للمحافظة على قيمة محفظة السندات أمام ارتفاع أسعار الفائدة ، وتجري كالتالي :

إذا كان هناك تخوف من احتمال ارتفاع أسعار الفائدة طويلة الأجل مما يترتب عليه تراجع في القيمة السوقية لهذه المحفظة ، فلو افترضنا أن سعر الفائـدة الـسائد ٦% وأن هنالك تخوف من ارتفاعها إلى ٨% فتقوم الجهة المالكة للمحفظة عنـد هذه الحالة ببيع عقود في السوق الآجلة بالسندات فإذا تحققت التوقعات وارتفعـت الفائدة وانخفضت قيمة المحفظة فإن العقود الآجلة التي حـصلت عليهـا أيـضاً ستنخفض محققة ربحاً يكون كافياً لتغطية الخسائر المتحققة .

والسندات من أساسها كما ذكرنا هي صكوك دين وبيعها وشراؤها يدخل في نهـي المصطفى ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء ، والقاعدة الفقهية تقول : إذا سقط الأصل سقط الفرع ، ومابني على باطل فهو باطل ، والأصل في الأموال الربوية التحريم ، وإذا كان ضم الفاسد إلى غيره يقتضي فساد الكل ، فما بالك بـضم الفاسـد إلـى الفاسد .

وإن في أساليب التمويل الإسلامية من مشاركة ومرابحة وتأجير منتهي بالتملـك مايغني عن هذه الأمور .

العقود المستقبلية المالية

تعريفها : العقود المستقبلية (Futures Contract) هي عقود تعطي لحاملها الحق في شراء أو بيع كمية من أصل معين (قد يكون سلعة أو ورقة مالية) بسعر محدد مسبقاً. على أن يتم التسليم في تاريخ لاحق في المستقبل . إذ ما يلتزم كل من الطرفين بإيداع نسبة من قيمة العقد لدى السمسار الذي تعامل معه . وذلك إما في صورة نقدية أو في صورة أوراق مالية . وسبب ذلك حماية كل طرف من المشكلات التي قد تترتب على عدم مقدرة الطرف الآخر بالوفاء بالتزاماته تجاهه .

أنواع عقود المستقبليات :

تتعدد أنواع المستقبليات حسب نوع موضوع العقد أو الشيء المتعاقد عليه وهكذا ، فنحن نجد :

النوع الأول : عقود المستقبليات المالية (Financial Futures)

وفيها يتم التعامل على بيع أو شراء كمية محدودة من الأوراق المالية أو إضافة أسهم أو سندات أو كمبيالات ، فإذا كان البيع والشراء معقوداً على الكمبيالات ، وهي صكوك تثبت مديونية لدى الغير ، فهذا محرم لأنه من باب بيع الدين بالدين ، وأما إن كان بيع سندات فهي أيضاً صكوك مديونية ذات فائدة محددة فهي محرمة أيضاً لأنها بيع وشراء ديون تدخل تحت تحريم بيع الكالىء بالكالىء .

أما إذا كان كل البيع أسهماً : فإن كان البيع وفقاً لأحكام السلم معجل فيه الثمن ومحدد موعد التسليم فلا شيء فيه .

وأما إن كان بيع مؤشرات سواء اتخذ صورة السلم أو غيرها من صور البيع فهو محرم لأنه يقع على مجهول ، فالمؤشرات مثل ميزان درجة الحرارة فلا أصل يسلم وإنما هي تسويات نقدية ، والجهالة تكتنف هذا العقد ، والمجهول في الشريعة كالمعدوم ولايجوز بيع المعدوم .

النوع الثاني : مستقبليات العملات الأجنبية :

هو عقد على تسليم قدر معين من عملة أجنبية تستحق في تاريخ لاحق محدد ثم يصبح هذا العقد قابلاً للتداول أو الرهن ويحقق إما خسارة أو ربحاً لحامله ، وهذا العقد يـدخل ضمن أحكام الصرف ويشترط في الصرف : التماثل والتقابض في المجلس عند اتحـاد الجنس ، والتقابض في المجلس عند اختلافه ، واشتراط التأخير فـي عقـود الـصرف لايجوز ، وبذلك تكتنفها أحكام الربا ، والقاعدة الفقهية تقول : (الأصـل فـي الأمـوال الربوية التحريم) ، بل يحكمها حديث رسول ا صلى ا عليه وسلم : (خـذها بـسعر صرفها) .

النوع الثالث : عمليات المقايضة :

لها أشكال مختلفة إلا أن أهم العمليات الخاصة بمعدلات العائد والعملات هي :

١ - عمليات مقايضة معدلات العائد :

هي عملية يتم بموجبها مقايضة العائدات وليس الأصول بمعنى أنه لايتم مقايـضة سند بسند أو أسهم بسند أو أسهم بأسهم وإنما تتم مقايضة عائداتها فقط .

فمثلاً : قد تكون هنالك سندات لها عائد محدد ، وسندات لها عائد متغير ، ويتوقـع صاحب العائد المحدد أن ترتفع عائدات سنداته ذات العائـد المتغيـر فيتفـق مـع صاحبها من خلال السمسار على تقايض (تبادل) المعدلات أو العكس بـأن يتوقـع صاحب السندات ذات العائد الثابت على مقايضة المعدلات ويسري هذا المثال علـى الأسهم .

التكييف الفقهي :

فهذه العملية ليست من أنواع بيع الأصول أو شرائها وليس التعاقد على أمر معلوم فهي تعاقدات على العوائد وهي مجهولة ويكتنفها الغرر إذ لايتم تبادل الأصـول أو صـكوكها فهي أشبه بالمقامرة وحكمها عدم الجواز والمجهول في الشريعة كالمعدوم .

وتشبه هذه العملية بيع حبل الحبلى (أي ماتحمله الناقة) فهو مجهول ، وهو بيع محـرم شرعاً علاوة على أن هذه العملية فيها نقل الضرر من شخص لآخر ، والقاعدة الفقهية تقول : دفع الضرر بإضرار الغير متناقض .

٢- عمليات مقايضة العملات :

وتتم العملية بناء على التوقعات المستقبلية لفروق أسعار الصرف بين العملتـين محـل التعاقد فيتفق البائع والمشتري على بيع عملة معينة مقابل عملة أخرى بـسعر صـرف آجل يحددانه مسبقاً بين العملتين .

- التكييف الفقهي :

وهذه العملية تدخل في أحكام الصرف الذي يقتضي التقابض والتماثل ولكـن العملتـين مختلفتين فلابد من اختيار سعر صرف يوم التعاقد عملاً بحديث (خـذها بـسعر صـرف يومها) أو بسعر صرف يوم التنفيذ (التقابض) وليس سعراً يحددانه بعيداً عن سعر يـوم الاتفاق أو التنفيذ .

وقد تتم هذه العملية بصورة أخرى : بأن يكون لأحدهما قرض بعملة معينة ولها فوائـد محددة فيبرم اتفاقاً على سعر صرف موعده زمن استحقاق القرض ، ويهدف مـن وراء ذلك إلى تثبيت تقلبات أسعار الصرف .
فتشبه هذه العملية بيع العينة ، ففيها بيع وإعادة شراء هرباً من تغيرات معـدل العائـد وبما أنها جميعاً تقـوم على عنصر الفائدة والربا متحقق فيها فهـي ممنوعـة وفـق القاعدة الفقهية : احتمال الربا كحقيقته .

٣- عمليات مقايضة السلع :

تقوم العملية بأن يقوم أحد الأطراف بالشراء من آخر وبيعها له بنفس الوقت بيعاً آجـلاً بسعر متفق عليه على أن يتم السداد بشكل أقساط .
وقد يدخلها في بعض الأحيان : أن يحدد سعر بيع الآجل على أساس سعر الشراء مضافاً إليه معدل التغير في سعر الفائدة أو في سعر السلعة .

التكييف الفقهي :

وهذه الصورة هي صورة مطورة من بيع العينة ، ففيها بيع وإعادة شـراء واخـتلاف الثمن في نفس الوقت إلا أن التسديد يتم على مراحل (بالتقـسيط) لأن الـثمن النهـائي مجهول ، والقاعدة الفقهية تقول : جهالة الثمن موجبة لبطلان البيع .
وفي إحدى الشكلين دخل سعر الفائدة في الثمن وهي محرمة ، والقاعدة الفقهية تقول : (ضم الفاسد إلى غيره يفضي إلى فساد الكل) .

الحكم الشرعي للمشتقات (عقود الخيار والمستقبليات والمقايضات) :

هناك محاذير شرعية عدة على آليات المشتقات ووسائلها، عادة ما تصاحبها مخـاطر اقتصادية واجتماعية وتكفي الإشارة - في هذا الصدد- إلى بعض المخالفات الـشرعية الواضحة التي يلحظها كل مطلع على الفقه والمعاملات.

أولاً : يدخل في بعضها بيع ماليس موجوداً وهذه تصطدم بحديث رسول ا ﷺ (لا تبع ما ليس عندك).

ثانياً : وأغلبها تتعمد نقل الضرر على الآخرين ببقاء الربح لأحدهما وهذا يتنـافى مـع قاعدة " لاضرر ولا ضرار" ، وقاعد "الغنم بالغرم" .

ثالثاً : وأحياناً يكتنفها بيع المجهول وهذا يتنافى مع قاعدة "المجهـول فـي الـشريعة كالمعدوم" .

رابعاً : وبعضها يعتمد على بيع مؤشرات ليس لها محل وإنما هي مقامرة على ارتفـاع مؤشر أو انخفاضه .

خاتمة :

لقد تعاقبت النكبات على أسواق رأس المال وانتقل ضررها من مكان لآخـر بـسبب ترابط الأسواق العالمية فعرف يوم الاثنين الأسود الذي انهارت فيه البورصات انهياراً عظيماً عام ١٩٨٧م وقبل سنتين حدثت الأزمة الاقتـصادية لـدول شـرق آسـيا ، وخسرت هذه الدول ٤٠% من قيمة ممتلكاتها نتيجة ضغط المـضاربين المناجـشين ولتوفر وسائل التمويل السيئة التي تزيد الخسارة خسراناً والربح ربحاً كما ذكرنا في عقود المستقبليات والاختيارات .

فانحرفت الأسواق المالية عن مقصدها الأساسي فـي تنميـة المجتمعـات وتـوفير الاستثمارات الجديدة التي تنشيء مشاريع حقيقية تفرز وظائف جديدة يعمـل فيهـا الناس ويقتاتون ، فإن أصدق وصف للبورصات العالمية اليوم هو صـالات القمـار فترتفع الأسعار وتنخفض بغير سبب حقيقي فتارة بسبب أسعار الصرف التي تـتحكم فيها الدول الكبرى وتارة لارتفاع وانخفاض أسعار الفائدة وتارة للعـرض والطلـب المصطنع (التناجش) ويرافق كل ذلك البيوع الوهمية التي لايهمها إلا قبض الفـروق بغض النظر عن استلام الأصول فعلياً أو حكمياً ، والخـروج علـى كافـة القواعـد الأخلاقية والشرعية ، فأصبح الربح هو المطارد بغض النظر عـن كونـه حـلالاً أو حراماً ، وللأسف لايقع في مصيدة هذه الأسواق إلا صغار المساهمين .

لكل هذا كان لابد أن نحمي أسواق المسلمين فنبقي الجوانب الجيدة المفيدة للتنميـة والتي تتفق مع التشريع ونوقف التعاملات التـي لـيس لهـا هـدف إلا المـضاربة (التناجش) والبحث عن الربح حتى ولو كان حراماً .

الفصل الثاني
أسواق المال الإسلامية

مقدمة :

إذا كانت تجربة المؤسسات المالية الإسلامية قد نتج عنها العديد من الأدوات المالية الإسلامية فقد أصبح من المحتم تطوير الأدوات القابلة للتداول حتى تدخل غمار المنافسة في الأسواق المالية، هذا من ناحية، كما أن هذه الأدوات سوف تسهم في مزيد من القبول لهذه المؤسسات لدى البنوك المركزية في الدول التي تباشر فيها هذه المؤسسات أعمالها إذا كانت هذه الأدوات مقبولة من هذه البنوك حيث يمكن أن تستخدم هذه الأدوات في تلبية متطلبات الاحتياطيات المفروضة من قبل البنوك المركزية.

فإذا نظرنا إلى الأدوات المالية المتداولة في الأسواق التقليدية والتي تعرضنا لها بشيء من الإيجاز في الفصل السابق لاتضح لنا أن إمكانية تطبيقها في الأسواق المالية الإسلامية تكتنفه بعض الصعاب حيث أنها غير مجازة شرعاً ، وهذا الأمر يحتم علينا التعرف على ماهية الأدوات المالية الإسلامية وخصائصها.

أ - تعريف الأدوات المالية الإسلامية : (*)

الأدوات المالية الإسلامية عبارة عن صكوك تصدرها مؤسسات مالية باعتبارها مضارباً وتمثل حصة شائعة في رأسمال مشروع معين أو مشروعات متعددة تشارك في الأرباح المتوقعة والخسائر المحتملة وتتميز بآجال متفاوتة وبقدرة مختلفة على التداول.

وأقول إنها تتصف بالأمور التالية :

١- خالية من الربا .

٢- خالية من الغرر .

٣- لها محل يتم التعاقد عليها .

فبهذا استوفت جميع الشروط اللازمة للصحة .

---

(١) أسواق الأوراق المالية وآثارها الانمائية في الاقتصاد الاسلامي - الكتاب الثالث ص٢٥١ - سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية د. أحمد محي الدين ١٤١٥هـ -١٩٩٥م .

ب – خصائص الأدوات المالية الإسلامية : (*)

في ضوء التعريف السابق للأدوات المالية الإسلامية نستطيع الوصول إلى الخـصائص الآتية:

١- إن الأدوات المالية الإسلامية تخول لحاملها حق ملكية حصة شائعة من موجـودات المشروع الممول من حصيلة إصدارها.

٢- إن تداول الأدوات المالية وتسييلها يخضع للشروط التي تحكم كل أداة وفقاً لما يـرد في نشرة الإصدار، إلا أنه وحتى يصح شرعاً تـداول الأدوات الماليـة الإسـلامية يشترط أن تكون المنافع والأعيان غالبة جميعها .

٣- الأدوات المالية الإسلامية هي أدوات تمويل واستثمار تقوم علـى مبـدأ المـضاربة الشرعية وتأخذ أحكامها .

ويعد مصدرها مضارباً ويده يد أمانة ولا يضمن إلا حالات التعـدي أو التقـصير أو مخالفة الشروط المتضمنة في نشرة الإصدار.

الجدير بالذكر أن نشرة الإصدار تعتبر إيجاباً من جانب المصدر "المضارب " موجهـاً إلى الجمهور، ويعد الاكتتاب في الأدوات المالية المصدرة قبـولاً يـصبح بموجبـه المكتتبون "أرباب المال " حيث يتحملون في حدود ما اكتتبوا بـه المخـاطر التـي يتعرض لها المشروع، فإذا ما تضمنت نشرة الإصدار حكماً يخالف ذلك، لـم تكـن الأدوات المالية المصدرة أدوات إسلامية ولا يصح تملكها كما لا يصح تـداولها ولا العائد منها.

٤- يكون العائد حصة من الربح يتم تحديدها في نشرة الإصدار، ولا يصح تحديـد هـذا العائد كمياً مسبقاً أو منسوباً إلى القيمة الاسمية للصك.

إلا أنه من ناحية أخرى يمكن أن تتضمن نشرة الإصدار نـسبة الـربح المتوقعـة للمشروع ولا يعتبر ذلك تحديداً للربح بنسبة من رأس المال مقدماً ، إذ أن المـصدر لا يكون مسئولاً عن تحقيق تلك النسبة إذا ظهرت نتائج فعلية مخالفة لتوقعاتـه، إلا أنه يسأل عن مصداقية وصحة البيانات التي وردت في دراسة الجدوى، ويتحقق من عدم إخفائه بيانات مهمة أو إدلائه بمعلومات غير صحيحة.

(*) المصدر : "الأدوات المالية الإسلامية - د. حسين حامد حسان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة السادسة العـدد السادس - الجزء الثاني ١٤١٠هـ-١٩٩٠م .

٥- يتمتع المشروع الممول من حصيلة الاكتتاب بذمة مالية منفصلة عن ذمة المصدر المكتتب وعلى المصدر أن يمسك بحسابات مستقلة ويعد ميزانية وحساب أرباح وخسائر للمشروع.

٦- حق إدارة المشروع وسلطة اتخاذ القرارات الاستثمارية يكون من حق المصدر "المضارب" بغض النظر عن تسمية المشروع إصداراً أو صندوقاً أو مضاربة، وذلك دون تدخل من حملة الصكوك الذين يقتصر دورهم على مراقبة المصدر "المضارب" في إدارته للمشروع والتأكد من التزامه بالشروط التي تتضمنها نشرة الإصدار.

٧- من أهم الخصائص التي تتميز بها الأدوات المالية الإسلامية أنها تمول مشروعات استثمارية مجازة شرعاً وتقع في دائرة الحلال ويحرم عليها غير ذلك.

الاستثمار

تأصيل :

الاستثمار في اللغة : طلب الحصول على الثمرة ، وثمرة الشيء ماتتولد عنه .
وثمر الرجل ماله أي أحسن القيام عليه ونماه .
وأثمر الرجل : أي كثر ماله . (١)

وعرف معجم الأعمال الاقتصادية الانجليزي الاستثمار بأنه :
شراء أي شكل من أشكال الملكية والاحتفاظ به فترة طويلة نسبياً .

إلا أن هذا التعريف فيما يخص المسلم يضاف إليه شرط هو :
(شراء شكل مباح من أشكال الملكية) .
ويقصد بالاستثمار اقتصادياً : أي زيادة أو إضافة جديدة في ثروة المجتمع مثل إقامة المصانع والطرق والمباني .. وغيرها .

ولايدخل في هذا التعبير أي تصرف من تصرفات نقل الملكية القديم من شخص لآخر إذ ليس فيه تنمية واستثمار وإنما انتقال ملكية من يد ليد .
ولايترتب عن هذا الانتقال إضافة جديدة إلى أصول المجتمع .

وفي نظر الاقتصاديين أن التوظيف (الاستثمار) النافع يختلف عن الاستثمار الساكن ، فالساكن تعود فائدته على المتعاقدين (البائع والمشتري) أما الاستثمار النافع الذي يخلط عناصر الإنتاج من رأس مال وعمل وأرض لإنتاج منتج جديد تستفيد من عناصر الإنتاج جميعها . فصاحب رأس المال يحصل على الربح ، وصاحب الجهد (العامل) يحصل على الأجر ، وصاحب الأرض يحصل على الريع
وفي عرف الاقتصاديين المسلمين والفقهاء : أن المال ليس منتجاً بذاته إلا إذا خالطه العمل ، ولو كان المال منتجاً بذاته لأصبح الربا مباحاً .

أهداف الاستثمار :

تشترك جميع أنواع الاستثمار في أهداف موحدة مثل :
١- المحافظة على رأس المال ، وشرعاً هذا أمر مباح لأنه من الضروريات الخمس .
٢- تحقيق الربح بأكبر نسبة ممكنة ، وهذا هو الغرض من الاستثمار .
٣- توفير السيولة لإمكانية استرداد الأموال عند الحاجة إليها أي إمكانية البيع ،

---

(١) القاموس المحيط والمعجم الوسيط (ثمر)

أما المستثمر المسلم فتضاف عليه شروط أخرى وهي :

١- أخذ العقيدة الإسلامية في الاعتبار وهي منهاج عملي أخلاقي سلوكي .
٢- ربط الاستثمار بالقيمة الشرعية .
٣- حصر الاستثمار في المباح والحلال واجتناب الأنشطة المحرمة ، وهذا أمر غير مأخوذ في القوانين الوضعية .

وككل الأعمال الإسلامية : ارتباط الاستثمار الإسلامي بالمقاصد والغايات الإسلامية وذلك بمراعاة الأولويات (الضرورات والحاجات والتحسينات) الأولى فالأولى .

أهمية الاستثمار :

لا خلاف بين الاقتصاديين الإسلاميين وغيرهم على أهمية الاستثمار ، فالنماء مطلوب لغرض سد احتياجات الناس وضرورياتهم ، وأيضاً لمواجهة التزايد السكاني الذي يتطلب زيادة في الاستثمارات الجديدة لتوفير فرص للأجيال القادمة ، وزيادة في الدخل الوطني تسع هذا التزايد السكاني .
ويمكن أن نستنبط حث الإسلام على الاستثمار ، حيث ذكر القرطبي في تفسير آية المداينة ومافيها من أمر بالكتابة والإشهار والرهن (نصاً قاطعاً على مراعاة حفظ الأموال وتنميتها ..) (١)

وجاء في حديث رسول الله ﷺ : (اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة) .
فهذا أمر صريح بتنميتها حتى تقابل الزكاة . وحديث : (ليس لمحتجر فوق ثلاث) لأن الغرض هو الإنماء فإما أن يعمرها أو يتركها .
ومما حفظته عن الشيخ الشعراوي رحمه الله في تفسير قوله تعالى : (والذين هم للزكاة فاعلون)
أن الفعل يعود على العمل المثمر الذي ينمي المال فتجب فيه الزكاة .
ونجد أن الاستثمار ورد في كتب الفقه تحت اسم (الكسب والاكتساب) .

حكم الاستثمار :

أ - من حيث درجته التكليفية هل هو طلب أم تخيير ؟ .
يرى بعض الفقهاء أنه واجب إذا كان الغرض الإيفاء بحاجة الإنسان ومن يعيله ، لأن تضييع الشخص من يعيله من حالات الإثم .
ولكن هل يصبح الأمر واجباً إذا كان بغرض الإنماء إذا كان المال كثيراً يفي بالحاجة ويفيض ؟
فيرى بعض الفقهاء أن الحكم هو الإباحة أي التخيير بين الفعل والترك .
إلا أنني أرى أن الحكم بالندب أولى لقوله تعالى : (والذين هم للزكاة فاعلون) فمدح الله المزكين الذين ينمون أموالهم فيسدون حاجات الفقراء مع حاجاتهم ، بل والمتصدقين أيضاً إذ لايكون التصدق إلا عند نماء المال .

---

(١) تفسير القرطبي : ٤١٧/٣

وكذلك حث ا تعالى على الإنفاق ومضاعفته للثواب في قوله تعالى : (مثل الذين ينفقون أموالهم في سبيل ا كمثل حبة أنبتت سبع سنابل في كل سنبلة مئة حبة وا يضاعف لمن يشاء) .

ولقول رسول ا : اليد العليا خير من اليد السفلى .

وقوله تعالى : (فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل ا) .

وقوله تعالى : (هو الذي جعل لكم الأرض ذلولاً فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه)

علاوة على الأمر العام لبني آدم بإعمار الأرض .

والضرورة الاقتصادية اليوم للمجتمعات الإسلامية تدعو إلى تضافر الجهود لاستثمار الأغنياء لأموالهم حتى يحدثوا وظائف جديدة تسع الفقراء ممن يطلبون الكسب الحلال من الذين لايملكون إلا القدرة على العمل .

فدخل هذا الأمر في الضروريات وهي من مقاصد الشريعة ، فهذا الكم الهائل من فقراء المسلمين لاينبغي أن يتركوا للتسول بل يجب توجيههم إلى العمل والنفع ، ومصداق ذلك حديث رسول ا الذي دل فيه الرجل على بيع ماليديه من متاع قليل وأمره بالاكتساب عن طريق شراء فأس للاحتطاب .

<u>تطوير أساليب الاستثمار الإسلامية :</u>

نظراً لتغير الزمان والمكان ظهرت ضروريات جديدة من إنشاء مشاريع ضخمة لا تقدر عليها الأموال الفردية والعدد المحدود من الشركاء ، فابتدع الغرب أساليب لم يراع فيها معايير الحلال والحرام ، وللأسف ألجىء المسلمون للتعامل بها لعدم توفر البديل الإسلامي .

ولقد نهض الفقهاء المسلمون وكذلك الاقتصاديون منهم نهضة فقهية استنباطية لتدارك هذا الأمر الجلل وإخراج المسلمين من التعامل بالمعاملات المحرمة .

فنشأت فكرة البنوك الإسلامية التي تقوم على أساس المضاربة بين العامل (البنك) وأرباب المال (المستثمرين) ، واستنبطت عدة وسائل استثمارية ، ومازالت الاجتهادات قائمة ، ووضع لهذه الوسائل <u>شروط عامة</u> منها على سبيل المثال :

١- منع التعامل بالربا .
٢- منع التعامل بالمحرمات (كبيع المسكرات والمخدرات والذبائح الميتة والبغاء والملاهي والمقامر) .
٣- منع التعامل وفق الصور الممنوعة في البيع والعقود التي تشتمل على الغرر والجهالة أو الربا أو الشروط المفسدة للعقود .

فهذه محددات أساسية للنشاط الفقهي والاقتصادي التأصيلي لاستنباط وسائل الاستثمار الحديثة فكان أن استنبطت عدة وسائل هي كما يلي :

وسائل الاستثمار الإسلامية

١- البنوك الإسلامية :
والتي تقوم فكرتها على المضاربة بشروطها الشرعية .
وجوهرها يقوم على المضارب المشترك ، فالمستثمر رب المال ، والمضارب هو البنك ، ثم يعمل البنك بصفته وكيلاً عن المستثمرين بتنمية هذه الأموال بالوسائل المشروعة ، فيأخذ صفة رب المال ، ويأخذ المتعاملون معه قبضاً صفة المضاربين .
واستخدمت في البنوك عقود عدة منها : المضاربة والمشاركة والتأجير والتأجير المنتهي بالتمليك وبيع السلم والمرابحة والمزارعة ، وغيرها كما ورد في الباب الخامس (البنوك الإسلامية) .

٢- صكوك الاستثمار :
وهي وسيلة من الوسائل المبتكرة ، وقد جاء تعريفها في قرار مجمع الفقه الإسلامي : الدورة الرابعة ، القرار (٣٠) - ٤/٥ :
(هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة ومايتحول إليه ، بنسبة ملكية كل منهم فيه) .

تكييف الاستثمار في الصكوك :
الاستثمار في الصكوك يدخل في صيغ المشاركة بخلط الأموال بقصد تحقيق الربح ، يكون رأس المال فيها مقسماً إلى أجزاء متساوية يسمى كل منها : صكاً
ويمكن قياس هذه فقهياً على شركات العنان وهي التي تتم بين مال ومال ، خصوصاً بعد توصل الفقهاء المسلمين إلى إقرار الصفة الاعتبارية للشركات المستحدثة والتي ينظر فيها إلى الشركة باعتبارها كائناً منفصلاً عن مالك الصكوك (راجع بحث الشخصية الاعتبارية في فصل الشركات ، الباب الرابع) .
وتدار غالبية الإصدارات والصكوك على أساس عقد المضاربة ، فيقوم بدور المضارب الشركة المصدرة للصكوك حيث يتم جمع المال بواسطة نشرة يصدرها المضارب تذكر جميع الشروط ، وقد تكون مضاربة مقيدة أو مفتوحة ، وتحدد النشرة (نشرة الإصدار) الشروط التي تحدد مسار الاستثمار من حيث مجاله وكيفيته والنظام واللوائح والأرباح المقدرة غير الملزمة للمضارب ، كما تحدد نصيب المضارب وأرباب المال .
وقد تكون هذه الصكوك قابلة للتداول خارج نطاق الشركة أو لابد من إثباتها في سجلات الشركة ، بمعنى : صك لحامله ، أو صكوك اسمية .
ولكون المضارب وكيلاً عن أرباب المال فله حصته المحددة والمقبولة من أرباب المال بشرائهم للصكوك المقرونة بنشرة الإصدار .

ويباح للوكيل أيضاً أن يشتري أيضاً صكوكاً فيكون شريكاً على ألا يتم ذلك في العقد وإنما بعقد آخر منفصل تماماً .
وقد جاء في فتوى الحلقة الفقهية لندوة البركة (الدورة الثامنة - ص١٣٦) :

(كما يجوز إعطاء المال لمن يعمل فيه بنسبة من الربح على أساس شركة المضاربة التي يستحق فيها العامل (المضارب) نسبة شائعة من الربح ، يجوز إعطاء المال إلى من يعمل فيه على أساس عقد الوكالة بأجر معلوم ، أو بنسبة معلومة من رأس المال، ويستحق الوكيل الأجرة سواء تحققت أرباح أم لا . وتطبق على هذه المعاملة أحكام الوكالة بأجر لا أحكام المضاربة .

وكذلك يجوز أن يتفق الموكل مع الوكيل باستثمار المال على أنه إذا بلغت الأرباح حداً معيناً يستحق الوكيل زيادة مقدرة على الأجر المعلوم في صورة نسبة من الربح أو مبلغ مقطوع ، وهذه الزيادة هي من قبيل الوعد بجائزة ، أما الأجر المعلوم فهو الذي يصح به عقد الوكالة) .

<u>إدارة الصكوك على أساس المشاركة :</u>

الإدارة بهذه الطريقة تختلف عن المضاربة لكون الوكيل شريكاً ، وللشركاء حق التدخل في الإدارة بالاطلاع على الميزانيات وإجازتها واختيار مراجع الحسابات الخارجي وإجازة التقرير السنوي النهائي ، وتحديد مسار الاستثمار بصفة دورية والاطلاع على السجلات .

وقد وضعت وصفاً وتكييفاً لهذا النوع من المشاركة كما يلي :

أولاً : صكوك المشاركة في ملكية دائمة قابلة للتداول

<u>تعريفها :</u>

هو صك يمثل حصة شائعة في مشروع صناعي أو عقاري يخول مالكه حصة في عائدات المشروع (ربحاً وخسارة) يصدره وكيل إدارة المشروع قابل للتداول بإثباته في سجلات الشركة (المشروع) يفوض فيه المشارك الوكيل بكافة التصرفات الشرعية بغرض المتاجرة وتحقيق الربح .

<u>خصائصها :</u>

١- يمثل حصة مشاعة في مشروع معين محدد بدراسة ومواصفات وتكاليف نافية للجهالة يلتزم الوكيل المصدر بها .
٢- يمكن الصك مالكه من الحصول على الأرباح في حال تحققها أو تحمل الخسارة مع حق الحصول على إيضاحات كافية بشكل تقارير توضح سير العمل.
٣- يجوز تداول هذا الصك بعد فترة التأسيس وبدء النشاط وتحول الأموال إلى أصول.
٤- يتعهد وكيل المشاركين بإصدار ميزانية تقديرية للمشروع وموازنات ختامية مع تقييم حسابي دقيق دوري للصك مراجعاً من مراجع الحسابات الخارجي كل ثلاثة أشهر ، تبرز القيمة الحقيقية لما يمثله الصك سواء بزيادة قيمة الأصول أو الربح المحقق وغير الموزع الذي يخص حصة الصك .
٥- يمثل إصدار الصك إيجابا للدخول في المشروع ، ويمثل شراء الصك قبول الشريك .

تكييفها الفقهي :

ونظراً لأن المشاركة في الإسلام مباحة وبيع الشريك لحصته أمر مباح ، ويمثل الصك ملكاً تاماً لحصة مشاعة ، ويجوز انتقاله من شخص لآخر بناء على التراضي ، ويمثل الصك ارتباطاً بين البائع والمشتري بإرادتيهما بإصدار الصك وقبوله ، واحتوى على عاقدين وإيجاب وقبول ومحل للمشاركة والملكية خالٍ من عيوب الغرر والجهالة والربا خالٍ من الشروط المفسدة والمبطلة فهو عقد صحيح جرى على ملكية صحيحة ، ولأن تداوله تداول حقيقي مبني على دراسات وأسعار ومعلومات دورية تمثل القيمة الحقيقية فلا يتطرق الشك إلى صحته وجواز التعامل به شرعاً .

وتمر عملية إصدار الصكوك فنياً وشرعياً سواء كانت على أساس المضاربة أم المشاركة بمراحل مختلفة منها :

١- دراسة المسائل القانونية والإجرائية والشرعية ودراسات الجدوى ، وكتابة كل ذلك في نشرة الإصدار ، بحيث توضح قيمة الصك وإجمالي رأس المال ومكان العمل وطبيعته ونوع النشاط الممارس والعائد المتوقع ونصيب رب المال (حامل الصك) ونصيب المضارب أو الوكيل .
٢- وضع النظام واللوائح التي تحدد حقوق وصلاحيات رب المال والمضارب أو الوكيل ، وتحديد المستفيد (الشركة المحتاجة للاستثمار) إذا كانت عملية مخصصة .
٣- إنشاء شركة أو صندوق ذو شخصية اعتبارية يمارس المضارب أو الوكيل العمل من خلاله ويكون المضارب أو الوكيل ممثلاً عن هذه الشخصية الاعتبارية في جميع التصرفات في حدود وكالته .
٤- تطرح الصكوك للاكتتاب بهدف جمع الأموال ، وعادة مايتم تسويق هذه الصكوك إما بالطرح المباشر للجمهور أو ببيعها لأحد البنوك الإسلامية الذي يتولى إعادة البيع.
٥- يحدد في النشرة متعهد تغطية الاكتتاب وهو أمر أجازته المجامع الفقهية وهو أن تتولى جهة ذات ملاءة مالية شراء المتبقي من الصكوك التي لم تبع .
   ويكون معلوماً لدى الجميع أن التداول لايبدأ إلا بعد أن تتحول الأموال بأن يكون الغالب فيها الأعيان والمنافع على النقود أو الديون حتى لاتدخل في نطاق المحظور (بيع الكالىء بالكالىء ، الدين بالدين ، أو المال بالمال) .
٦- أما الإيجاب والقبول فيتم الإيجاب في نشرة الاكتتاب وإصدار الصك والقبول يكون بشراء الصك .
٧- ويكون معلوماً لدى رب المال والمضارب أو الوكيل أن من أحكام المضاربة والوكالة أن الوكيل والمضارب لايضمن مابيده من الأموال إلا بالتقصير أو مخالفة الشروط المعلن عنها .
   فلا يجوز اشتراط ضمان رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان ، واستحق المضارب ربح مضاربة المثل . (١)

---

(١) المغني - ابن قدامة - ١٩١/٥ ، المبسوط - السرخسي : ٢٠/١٢ ، المدونة ٥٨/٤ ، المجمع الفقهي - الدورة الرابعة قرار (٥) ، وفتاوى ندوة البركة الأولى رقم (٢)

ويجوز أن يتبرع المضارب بالضمان ضماناً منفصلاً عن عقد المضاربة .

ولأن الضرورة لضمان توفير تجميع الأموال وتداولها فإن التداول يقتضي تحديد القيمة الحقيقية للصك منعاً للجهالة والغرر ، فلجأ الفقهاء والاقتصاديون إلى أمرين :

١- التقويم أو التنضيض الفعلي أو الحكمي ، فالفعلي هو تصفية الحسابات حقيقة ، وهذا لاشيء فيه . أما التنضيض الحكمي : فهو قائم على التقويم الحسابي الدقيق لقيمة الصك سواء بما طرأ عليه من زيادة في قيمة الأصول (أي مايمثله الصك من حقوق فعلية) أو أرباح متحققة غير موزعة .

وقد صدرت فتوى عن المجمع الفقهي (الدورة الرابعة) وهي :
(يستحق الربح بالظهور ، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيراداً أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته . ومايوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب) .
وكذلك الفتوى الصادرة عن الحلقة العلمية الثانية للبركة رمضان ١٤١٣هـ التي نصت على :
(للتنضيض الحكمي بطريقة التقويم في الفترات الدورية خلال مدة عقد المضاربة حكم التنضيض الفعلي لمال المضاربة ، شريطة أن يتم التقويم وفقاً للمعايير المحاسبية المتاحة .

ويجوز شرعاً توزيع الأرباح التي يظهرها التقويم ، كما يجوز تحديد أسعار تداول الوحدات بناء على هذا التقويم) .

<u>شروط توزيع الربح والخسارة :</u>

١- أن يكون الربح معلوم القدر بحيث تحدد حصة المضارب أو الوكيل وأرباب المال، لأن جهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ، فيجب أن يكون الربح معلوماً للطرفين وثابتاً خلال فترة المضاربة .

٢- أن يكون الربح بنسبة شائعة دون تحديد مبلغ مقطوع لأحدهما كالعشر أو الربح، لأن اشتراط مبلغ معين من الربح لأحد الطرفين يؤدي إلى قطع الشركة . (١)

٣- أن يكون الربح على ما اصطلح عليه العاقدان . (٢)

٤- أن تكون الخسارة على رب المال فقط لأنه لايجوز أن يجتمع على المضارب خسارة عمله وضمان رأس المال وإلا خسرت المضاربة أو الوكالة . (٣)

٥- ألا يوزع من الربح شيء قبل استيفاء رأس المال لقول رسول ا صلى ا عليه وسلم (مثل المؤمن مثل التاجر لايسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله) (٤)

---

(١) المبسوط : ١٥/١٢ - ٢٥ ، المغني : ١٤٨/٥ ، المجموع : ٣٦٦/١٤ ، بدائع الصنائع : ٨٦/٦
(٢) المغني : ١٤٠/٥
(٣) المغني : ١٤٨/٥ ، المبسوط : ٢٠/٢٢ ، مغني المحتاج : ٣١٨/٢
(٤) المغني : ١٦٩/٥ ، المبسوط : ١٠٥/٢٢

تداول الصكوك الاستثمارية :

لايجوز تداول هذه الصكوك سواء كانت على مبدأ المشاركة أو المضاربة إلا بعـد أن تتحول إلى أعيان غالبيتها ، وقد أشار المجمع الفقهي إلى ذلك بقرار رقم (٥) في دورته الرابعة :

أشار القرار إلى جواز تداول صكوك المقارضة بالضوابط الشرعية ، وذلك وفقـاً لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة الطرفين .

ولابد من مراعاة الأحكام الخاصة بموجودات الصندوق في كل حين ، فـإذا كـان التداول قبل المباشرة في العمل والمال لايزال نقوداً فإنه تطبق عليه أحكام الصرف لأنه مبادلة نقد بنقد ، وإذا أصبحت الموجودات ديوناً تطبق على التـداول أحكـام تداول الديون ، وإذا صارت الموجودات مختلطة من النقـود والـديون والأعيـان والمنافع فإنه يجوز التداول وفقاً للسعر المتراضى عليه ، ولـو بالتفـاوض بـين الثمن وقيمة الحصة أو بتأجيل الثمن .

ثانياً : سندات الإجارة :

تعتبر الإجارة من أهم أساليب التمويل الإسلامي .

تعريفها :

وسندات الإجارة هي صكوك ذات قيمة متساوية تمثل ملكية أعيان مؤجرة أو منافع أو خدمات وهي قائمة على أساس عقد الإجارة كما عرفته الشريعة .

أنواع سندات الإجارة :

١- شهادات ملكية لمنافع الأعيان المستأجرة .
٢- شهادات ملكية للخدمات الموصوفة في الذمة .
٣- شهادات ملكية للأعيان المؤجرة نفسها (أرض أو عقار أو مصنع أو غيرها)

وصفها :

١ – سندات منافع الأعيان المؤجرة :

عقار مملوك لشخص مؤجر لطرف آخر (أي أجر منافعه) فالسند هنا هو إثبات ملكية العين ذاتها ، ويشمل هذا السند وصفاً للملكية (عقار - مصنع - آلـة) واسم مالكه وبياناً لشروط إجارته مع اسم المستأجر ، ويذكر فيه أنه يجـوز بيع العقار دون المساس بحقوق المستأجر .

وتنصب حقوق مالك السند على ملكية المنافع للزمن المحدد في مدة الاستئجار تعود بعد انتهاء المدة العين المؤجرة لمالكها .

ويمكن لمصدر السند أو متعهد الإصدار أن يمارس نيابـة عـن مـلاك حـق الانتفاع تحصيل الأجرة ممن يستقر عليـه الإيجـار (ممـارس المنفعـة) أو المستأجر الأخير .

التكييف الفقهي :

١- فهذا الصك يثبت ملكية طرف أساسي للعقار أو المصنع محل العقد ، ويثبت استئجار طرف ثان للعقار ويحق للمستأجر التأجير واستيفاء الإيجار ويحق له الحصول على الفرق بين الايجارين ، فقيمة الصك (السند) معلومة ، إذ هي جزء من إجمالي قيمة الإيجار للمدة المحددة ، وقد يجري الأمر على التأجير لمدة مساوية لطرف ثالث قبل إبرام التعاقد بواسطة مصدر السندات فيثبت دخل الصك أو السند في نفس الصك سنوياً ، وهو في هذه الحالة ثابت ومعلوم لأن التأجير اللاحق قد أجري ، وتحصل منفعة مشتري السند في الفرق بين الإيجارين .

وقد أجازت جميع المذاهب الفقهية حق إعادة بيع المنافع عند تملكها ، وعليه فيجوز تداول هذه الصكوك لأن بيع المنافع جائز فيستطيع كل ممتلك للصك أو السند أن يقارن بين عائداته وبين مايدفعه من قيمة للصك إذ أن العقد محدد بمدة الإيجار ودخلها السنوي .

ويرى بعض الفقهاء أن التداول ممنوع لأن الإيجار دين ، وأرى أن الإيجار ليس ديناً لعدة اعتبارات :

أولها : أن الإيجار عوض عن ملك المنافع وممارستها .

وثانيها : أن العرف جرى في الوقت الحالي على دفع الإيجار مقدماً فلم تعد فيه شبهة الدين .

وفي الأصل : الإيجار يتحقق تدريجياً ، ففي كل يوم يتحقق الانتفاع يستحق الإيجار ، وهذا ليس بدين ، فلا مانع من تداول هذه الصكوك إذ لايكتنفها غرر أو جهالة أو ربا .

والإيجار محمي بقوة الشرع والقانون .

٢- وقد تكون العين المؤجرة مما يعمر لأزمنة طويلة ويرغب المالك في تأجيرها لسنوات محددة مثل (نصف عمرها الزمني) فينطبق عليها ما انطبق على سابقتها ويجوز أن يذكر إمكانية تجديد العقد بسعر جديد أو بنفس السعر أو إعادتها .

٢- سندات الخدمات الموصوفة في الذمة :

هو صك يثبت ملكية خدمة موصوفة في الذمة كتعليم جامعي أو نقل جوي أو بري أو علاج طبي تكون فيه شروط الخدمة معلومة ومحددة تحديداً نافياً للجهالة محددة بمدة زمنية تستحق بعد فترة زمنية محددة ، يجوز تداولها لأنها منضبطة بالأوصاف خالية من الجهالة ليس فيها غرر ولا ربا ومعلقة بالذمة (ذمة البائع) وهو جهة قادرة على القيام بهذه الخدمة كأن تكون جامعة أو مستشفى أو شركة نقل جوية أو برية ، ويغطي هذا الصك سمعة مصدره .

التكييف الفقهي :

هذا الصك يكيف فقهياً قياساً على السلم أو الاستصناع فكلاهما موصوف في الذمة، فالاستصناع قيس على السلم والسلم رخصة من رسول ا صلى ا عليه وسلم للتوسعة على الناس ومراعاة احتياجاتهم فأجل المسلم فيه ودفع المقابل في الحال، فالخدمة من أصنافه ، وهي مما تقتضيه حاجات العصر .

وللسماح بتداول هذه الصكوك لابد من توفر شروط هي :

١- أن تكون الجهة المصدرة للصكوك جهة ذات سمعة مرموقة .
٢- أن تحكم إلزامية التنفيذ جهات رقابية تلزم البائع بإنفاذ الشروط (كسلطة إدارة الأسواق المالية أو الجهات القضائية الحكومية أو الغرف التجارية والصناعية) حتى تعطي المتداولين الاطمئنان الكافي للتبادل .

وهذه الصيغة لم تكن في مدار بحث الفقهاء إلا أنني أرى أنه لايحول دونها حائل شرعي فقياسها على معاملات مباحة شرعاً وليس فيها شرط فاسد ولا مبطل ، والأصل في العقود الصحة ، والقاعدة الأصولية تقول : (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) .

ثالثاً : شهادات ملكية للأعيان المؤجرة :

وفيها يكون المالك هم أصحاب الصكوك إذ يتولى مصدر الصك شراء الأصل من عقار أو مصنع ويبيعه بصورة صكوك وسندات متساوية بمبلغ يذكر في السند ويؤجر العقار أو المصنع للراغب فيه أو طالبه بقيمة إيجارية سنوية محددة تساوي عمر العقار الزمني أو أقل منه بقليل بحيث يستوفي أصحاب السندات القيمة الإيجارية كل عام يضاف إليها جزء من قيمة العقار ، ويتم دراستها دراسة تفصيلية بحيث يتحقق لملاك الأسهم استعادة رؤوس أموالهم والقيمة الإيجارية السنوية وفي هذه الحالة يلتزم أصحاب الصكوك بوعد ملزم بتسليم الأصل للمستأجر عند انتهاء مدة العقد ، حيث يصبح ملكاً له ، ويعتبر آخر قسط هو عوض البيع .
ولقد قرر المجمع الفقهي أن الوعد يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر ، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد .
ولأن المستأجر الأصلي للعقار قد أنفق في الديكور والتجهيز كلفاً إضافية فمن حقه الحصول على تنفيذ الوعد .

التكييف الفقهي :

وهذه العملية تشبه عملية البيع بالتقسيط وقامت على شروط الإجارة وبيع المنافع المجازة شرعاً والمتفق عليها بينهم ، ولاتحتوي على غرر أو جهالة أو ربا فحكمها الجواز والحل ، إذ تسمى في هذه الحالة إيجاراً منتهياً بالتمليك . *

(*) للاستزادة في موضوع سندات الإجارة يرجع إلى بحث رقم (٢٨) حول (سندات الإجارة والأعيان المؤجرة) للدكتور: منذر قحف الصادر عن المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في البنك الإسلامي للتنمية . جدة - السعودية

الصناديق الإستثمارية

تعريفها :
هي أوعية استثمارية تصدرها بنوك أو شركات استثمار بعد إعداد دراسة اقتصادية لمشروع أو عدة مشاريع توضح مكونات الصندوق وقيمته ومن ثم تقسيمه إلى وحدات أي حصص أو صكوك أو أسهم متساوية القيمة ، ويكون امتلاك صك منها امتلاكاً مشاعاً من رأس مال الصندوق .

تكييفها الفقهي :
إن عقد المضاربة هو الأساس الذي تقوم عليه العلاقة بين الجهة المصدرة للصندوق وصكوكه وتقوم بدور المضارب ، ويكون مالك الصكوك هم أرباب المال .
وتندرج تحت المضاربة التي يتعدد فيها رب المال حيث يشترك عدة أشخاص في تقديم المال بينما ينفرد بالعمل الجهة المصدرة .
كما أن هذه المضاربة تعتبر من المضاربات المقيدة التي يلتزم فيها المضارب بجميع القيود والشروط التي يوافق عليها رب المال (حامل الصك).

ويكون الإيجاب فيها : إصدار الصك والقبول : شراؤه .
وقد جاء هذا التكييف في قرار المجمع الفقهي رقم (٥) في دورته الرابعة :
(يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددها (نشرة الإصدار) وأن الإيجاب يعبر عنه الاكتتاب في هذه الصكوك ، وأن القبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة .

ولابد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية) .

التفصيلات :
١ - تقسيم رأس المال :
لايوجد مانع شرعي من تقسيم رأس مال الصندوق لجواز تعدد الشركاء وأرباب المال شرعاً ، ولقد أقر المجمع الفقهي ذلك :
(سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة ومايتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه) . (١)

(١) الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي - القرار رقم (٥) .

وعليه تصدر الأسهم (الصكوك) باسم مالكيها وتحتفظ الـشركة بـسجلات بأسـمائهم توضح عدد الأسهم التي يملكونها .

٢- اشتراك المضارب في رأس المال :

أجاز الفقهاء تقديم المضارب جزءاً من رأس مال المضاربة ، فتجمع هذه الصورة بين الشركة والمضاربة ، فيكون المضارب شريكاً لرب المال بما قدمه ، ومـضارباً فيمـا تسلمه منه وقد أجاز المجمع الفقهي ذلك في نفس القرار رقم (٥)

(إن من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المـشروع بهـا هـو المضارب أي عامل المضاربة ولايملك من المشروع إلا بمقدار ماقد يسهم به بـشراء بعض الصكوك فهو رب مال بما اسهم به بالإضافة إلى أن المضارب شريك في الـربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار وتكون ملكيته فـي المـشروع على هذا الأساس) .

٣- شروط رأس مال المضاربة :

يرى بعض الفقهاء أن المضاربة لاتجوز إلا بالنقود ، وأجاز البعض أن تكون بالعروض والأعيان وحجة المانعين : هو اختلاف قيمة العروض بالزيادة أو النقصان عبر الزمن.

وتيسيراً على المسلمين ومراعاة لمصالحهم فإن الصناديق تأخذ برأي المذهب الحنبلي الذي يجيز المضاربة بالعروض بأن تقوم عند العقد وتجعل قيمتها هي المتفـق عليـه كرأس مال .

وقد أخذ بهذا الرأي مستشار البنك الإسلامي الأردني :

(إن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن المضاربة تجوز بالنقود ولاتجوز بـالعروض إلا أن بعضهم أجازها على كل مال (نقداً أو عروض تجارة) بشرط أن تقوم العروض ، وعليه فإن هذه الصورة المذكورة في السؤال مضاربة ، وهي جائزة بالعروض على رأي من أجازها من الأئمة) . (١)

وقد لاتحتاج الصناديق إلى رأس المال دفعة واحدة ، وربما يطلب مقصة حسب الحاجة. واختلف الفقهاء في ذلك وبالتحديد في معنى إطلاق يد المضارب ، إذ أن حجز جزء من رأس المال يقيد إطلاق يده . إلا أن الحنابلة لايشترطون تسليم كامل رأس المـال بـل تصح المضاربة لو وضع رأس المال عند أمين .

ويرى **الباحث** : أنه للتيسير على المسلمين ومراعاة لتغير الزمان والمكان والظـروف فلا ضير في ترجيح رأي الحنابلة .

ويمكن تداول هذه الصكوك طالما أنها تمثل حصة شـائعة ، فيجـوز التـصرف فيهـا بالتصرفات الشرعية وقد صدرت الفتوى عن المجمع الفقهي مؤيدة لذلك :

---

(١) الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني - ج١ / سؤال (١٧) - ١٩٨٤م .

(الصورة المقبولة شرعـاً لسندات المقارضة بوجه عام لابد أن تتوفر فيها العناصر التالية :

العنصر الأول : أن يمثل الصك ملكية حصة شائعة في المشروع وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته ، وترتب عليها جميـع الحقـوق والتـصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها ، مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأس مال المضاربة) . (١)

وتشترط لوائح هذه الصناديق أن يتم التداول بمعرفة المضارب (الشركة المـصدرة) حتى يتم تعديل السجلات وفقاً لذلك ، ويحل المشارك الجديد محل سابقه .

ونظراً لأن هذه الصناديق ذات مكونات مختلفة فيجب مراعاة مكونات كل صندوق من (نقود وديون وأعيان ومنافع) .

ولقد ناقش المجمع الفقهي هذا الأمر في دورته الرابعة في القرار رقم (٥) واشـترط الالتزام بالضوابط الشرعية .

٤ - أحوال صندوق الإستثمار :

وبناء على هذا الأمر يمر الصندوق بحالات متعددة :

الأولى : أن تكون أكثر موجوداته نقوداً : وذلك عند فترة التأسيس والاكتتاب ، فإنه لايجوز تداول الأوراق المالية بالبيع والشراء إلا وفقاً لأحكام الصرف التي تشترط التماثل في بيع النقد بالنقد ، بحيث لايجوز بيع الصك بـأكثر مـن قيمته الاسمية .

الثانية : أن تكون أكثر موجودات الصندوق ديوناً : وهذه تنطبق فيما إذا كانت أكثر عمليات الصندوق مرابحة أو بيع سلم ، لأن المسلم فيه قبل قبضه يعتبـر ديناً في ذمة البائع والجمهور يمنع بيع الديون ورهنها ، فيشترط في هـذه الحالة على مالك الأسهم أن يظل شريكاً منذ ملكيته للسهم وحتى تـصفية العملية .

الثالثة : أن تكون موجودات الصندوق أعياناً ومنافع : كأن تحتوي علـى معـدات وأصول مؤجرة أو أراضي وعمائر ... ففي هذه الحالة يجوز تداولها دون قيد أو شرط.

الرابعة : أن تكون موجودات الصندوق مختلفة من المنافع والأعيان والنقود والديون فيشترط أن تكون الأعيان والمنافع هي النسبة الغالبة حتى تأخـذ النقـود والديون حكمها وقد صدر قرار المجمع الفقهي بهذا الشأن .

(إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والـديون والأعيـان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه ، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع) . (٢)

---

(١) الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي ، القرار رقم (٥)

(٢) نفس القرار السابق .

ومن المعلوم أن من أحكام المضاربة أنه لايشترط على المضارب ضمان المال ، فلا يجوز ذكر ذلك في نشرة الإصدار والصكوك ، فيد المضارب يد أمانة مالم يتعد .

وأيد ذلك قرار المجمع الفقهي في دورته الرابعة القرار رقم (5) [سبق ذكره] .
إلا أنه يجوز أن يتبرع طرف ثالث بالضمان كما ورد في نفس القرار ، شريطة أن يكون الالتزام منفصلاً عن عقد المضاربة .

وتشتمل نشرة الإصدار عادة على : كيفية توزيع المصروفات بحيث يتحمل رأس مال المضاربة المصروفات التي تخص عمليات المضاربة والتي لاتقوم العمليات إلا بها .
وأما المصروفات المتعلقة بالمضارب نفسه فيتحملها هو .

ومن المتعارف عليه بين منشئي الصناديق أن مصروفات إنشاء المضاربة وتسويق الصناديق تحمل على مال المضاربة ، ويدخل فيها الرسوم والمحامون والمحاسبون والمستشارون الماليون الخارجيون ونفقات السفر واستهلاكات الأصول . . وغيرها .

- ولقد أثيرت نقطة اقتطاع الاحتياجيات من الأرباح قبل توزيعها ، خصوصاً أن الأسهم تتداولها الأيدي فيستفيد المشتري اللاحق من أرباح هي محتجزة ومن حق المشتري السابق .

وقد كيفت الحالة بعد مداولات من الفقهاء بأنها تبرع من أصحاب الأسهم بالتراضي
وقد نص قرار المجمع الفقهي في الرقم (5) :
(ليس هناك مايمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة ، إما من حصة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال) .

ويرى الباحث : أن هذه الاحتياجيات سوف يستفيد منها بائع الصك أيضاً لأن طريقة الحسابات المالية تجعل الاحتياطات جزءاً من حقوق الملاك فتظهر في الميزانية برفع حقوقهم بمقدار الاحتياطيات المقتطعة ، وطالما أن الصناديق تشهد تقييماً دورياً توضح فيه قيمة الأسهم الحقيقية سواء في حالة رغبة المساهمين تداول الأسهم فيما بين بعضهم أو لآخرين إو إعادتها إلى الشركة فإنها سوف تظهر عند بيعه لسهمه فيكون قد حصل عليها .

وإن جوهر هذه الصناديق يكمن في إمكانية تداولها ، والتداول في الأساس يقتضي العلم القاطع لجهالة القيمة ، فاستعاض الفقهاء المعاصرون بالتنضيض الحكمي عن التنضيض الفعلي رغبة في التيسير على المسلمين ، خصوصاً أن الربح يستحق بالظهور ويملك بالتنضيض .

وفي هذا تسهيل للتداول ، فيعرف حامل السهم قيمة صكه وأرباحه المستحقة سنوياً ومن المعلوم أن الربح هو المال الزائد عن رأس المال وقد أشار قرار المجمع الفقهي رقم (5) في دورته الرابعة إلى أن :

(محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي ، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة ، ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد ، ومازاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة وفقاً لشروط العقد) .

- تتعهد الصناديق (أو بعضها) بإعادة الشراء ويكون هذا بإعلان طرف ثالث له الحق بإصدار هذا التعهد بإعادة الشراء بالقيمة السوقية ، وطالما أن ضامن الشراء هو طرف ثالث ليس من أرباب المال فلا حرج في ذلك .

- وعادة ماتصدر هذه الصناديق بضامن اكتتاب ، فأما علاقة ضامن الاكتتاب فهي : أنه هو المشتري الأساسي لكل الأسهم والصناديق فإذا بيعت استرد ماله مع ربح بسيط وإن بقيت بعض الأسهم كان هو مالكها الأساسي .

المواعدة بالصرف (مدخل لعقود تحوط إسلامية)

توطئة :

اتفق الفقهاء على أن النصوص متناهية والوقائع لاحصر لها ، فلذلك اتجهوا إلى استنباط العلل لمواجهة النوازل وإنزال كل نازلة على عللها لإدراج مالا حكم له تحت علل الأحكام .

ومن المعلوم لدى علماء الأصول والفقهاء أن حفظ المال مقصد من مقاصد الشريعة وعدم القيام به إهمال للمقصد الشرعي .

وفي زمننا المعاصر الذي ابتلي المسلمون فيه بالضعف في جميع النواحي ، وفي النواحي الاقتصادية أولاً أصبحت الدول الكبرى السبع وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية تؤثر تأثيراً كبيراً في اقتصاديات العالم ، وكان ذلك تحت وطأة ثلاثة عوامل هي :

١- انهيار نظام الصرف الثابت ، فقد كانت العملات مربوطة بالذهب والفضة ثم في مؤتمر (بريتون ووتز) انهار هذا المقياس ، وأصبحت الأسعار للعملات منفلتة ، لايضبطها معيار معقول وإنما عرض وطلب وجشع المضاربين ، فاصبحت العملات سلعاً مع أن الأصل فيها معيار للقيمة ومخزن للثروة .

٢- ظهرت نظريات اقتصادية لدى بعض الاقتصاديين النقديين دفعت الحكومات إلى التحكم في حركة الاقتصاد بالتحكم في كميات النقد المتداولة في السوق لتكثيفها أو تقليلها لإحداث التقلبات المرجوة من كبح للتضخم أو دفع للرواج ، ولأن سعر الفائدة محكوم بيد البنك المركزي فحينما تريد أن تقلل الدولة من كمية النقود ترفع سعر الفائدة فيضع الناس أموالهم في البنوك فتخمد عملية الانتاج ويؤدي ذلك إلى خفض التضخم بحجب الأموال عن الاستثمار وإذا أرادت العكس خفضت سعر الفائدة فاتجهت الأموال من البنوك إلى العمليات الانتاجية ، فأمسكت الدول الكبرى برقبة الاقتصاد ، ولم يعد الاقتصاد حراً كما كان .

ولم تترك المبادرات والاستثمارات لقرارات الأفراد ، وبطبيعة الحال ولتبعية العالم لاقتصاديات الدول الكبرى السبع ولترابط الاقتصاد ترتفع وتنخفض أسعار الفائدة رغم ارادتهم فلو خالفوا هذا الأمر مثلاً في حالة رغبة دولة نامية في تخفيض سعر الفائدة دفعاً للتنمية فإن مدخرات شعوبها والمودعة في البنوك تتجه للبنوك الخارجية التي تدفع أسعار الفائدة أعلى فتجد نفسها مضطرة لسلوك نفس المنهج.

٣- أصبح التبادل الدولي يمثل حجماً كبيراً من الأموال ، ٩٠% منها يتجه لتمويل أسواق المال والمضاربات فيها على الأسهم والسندات ومشتقاتها وهي كلها من الاقتصاد الساكن الوهمي الذي لايعود بفائدة إلا على المضاربين ولايحدث تنمية جديدة .

أما التحويلات المتجهة للاقتصاد الحقيقي المنتج فلا تزيد عن ١٠% .
فإذن نحن أمام ضرورة ملحة ، ولاتشمل الضرورة أفراداً بل عموم المسلمين ، تحفـز الفقهاء والمتعاملين في الاقتصاد الإسلامي لاستنباط وسائل تحوط إسلامية للحفاظ على أموال المسلمين والحفاظ على المؤسسات التي تتعامل وفق الشريعة الاسلامية .

وسأبدأ بوضع عدة مقترحات للتحوط اجتهدت فيها ألا أصادم النصوص محاولاً استنباط عقود إن لم تكن موافقة للعقود الاسلامية مئة بالمئة فهي أقرب إلى الصواب بإذن ا .

١- المواعدة بالصرف :

سارت أقوال الفقهاء في الصرف وهو : (جنس الأثمان بعضها ببعض) ، وعرف بأنـه بيع النقد بالنقد جنساً بجنس أو بغير جنس ، أو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة أو بيع أحدهما بالآخر واشترط فيه أربعة شروط هي :

١- التقابض لقول رسول ا : (الذهب بالذهب مثلاً بمثل يداً بيد والفضة بالفضة مثلاً بمثل يداً بيد.) وعلة هذا الحديث في اشتراط التقابض : منع وقوع ربا النسيئة .
٢- التماثل عند اتحاد الجنس (كالفضة بالفضة مثلاً) فيكـون التـساوي فـي الـوزن مطلوباً.
٣- أن يكون العقد باتاً (لايكون فيه خيار الشرط) .
٤- التنجيز (أن لايكون فيه أجل) وأرى أن التنجيز يماثل التقابض ، فالغرض منه هو منع الوقوع في ربا النسيئة .

التكييف الفقهي :

والمواعدة بالصرف كان للفقهاء فيها عدة آراء منهم المجيز ومنهم المانع .

فأجاز الشافعي وابن حزم وبعض المالكية المواعـدة بالـصرف ، وحجـتهم أن التواعد ليس بيعاً وأنه لم يأت نص يمنع المواعدة . (١)

أما الحنفية فيرون بطلان الوعد بالصرف على اعتبار أن كل ماكان تمليكـاً فـي الحال فلا تصح إضافته للزمن المستقبل . (٢)

ويرى (ابن بشير) من المالكية أن الكراهة محمولة على المراوضة وظاهرها المنع (٣)

---

(١) الأم - الشافعي - ٣٢/٣ ، المحلى - ابن حزم ٥١٣/٨
(٢) مرشد الحيران - محمد قدري باشا - ص٦٣ .
(٣) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - الحطاب : ٣١٠/٤

وقال ابن القاسم : تكره المواعدة في الصرف فإن وقع الصرف بعد الوعد صح ولم يفسخ . (١)

وقال ابن نافع : تجوز المواعدة في الصرف ويمضي العقد بلا كراهة . (٢).

وأرى أن العلة في عدم المواعدة والتي تقتضي تأجيل التقابض هي الإفضاء إلى الربا واستفادة أحد المتعاقدين من عنصر الزمن ، أو ألا يكون المال موجوداً عند التعاقد فيكون كبيع المعدوم أو المجهول مما يفضي إلى المنازعة .

ولأن الزمان قد تغير أصبح من الضروريات اليوم عمليات الصرف وتثبيت الأسعار فمن يستورد بضاعة من دولة أخرى يحتاج إلى أن يحدد سعرها عند بدء التفاوض علماً بأن إتمام الصفقة قد يكون بعد شهر أو أكثر ، ولأن الأصل في النقود هو ثبات القيمة ولأن اختلاف أسعار الصرف اليوم ناتج عن النظام الرأسمالي وأعمال المضاربين التي ترفع أسعار العملات وتخفضها بغير سبب حقيقي ، فإذا تراضى البائع والمشتري على سعر صرف محدد هو يوم إبرام الصفقة أو سعر يوم استلامها ولم يحقق أي منهما أي فائدة على حساب الآخر ولم يرب بل ولم تتجه نيتهما إلىهذا الأمر فالتعامل بها جائز.

وقد قال رسول ا ﷺ : (فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي) وأحتج بفهم سيدنا عمر لحديث التقابض وهو خشية الوقوع في الربا ، فالربا هنا لم يتحقق لأي من المتعاقدين .

فقد قال عمر رضي ا عنه : (الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ، ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وإن استنظرك حتى يلج بيته إلا يداً بيد ، هات وهذا ، إني أخاف عليكم الربا) [رواه البيهقي - السنن الكبرى : ٢٨٤/٥]

فعلل سيدنا عمر الأمر برمته وعلقه على مخافة الربا وليس في الصرف بالكيفية التي ذكرناها إرباء أو زيادة أو استزادة .

كما استدل المانعون بقول رسول ا : (الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء) صحيح مسلم [١٤/١١]

فقد جاء في الحديث : فمن زاد أو استزاد فقد أربى ولم تقع هنا زيادة أو استزادة فكان الحديث يعلل التقابض يداً بيد بالإرباء لقوله صلى ا عليه وسلم (فقد أربى) .

---

(١) شرح منح الجليل على مختصر خليل - محمد عليش : ٥١٠/٢
(٢) مواهب الجليل - الحطاب : ٣١٠/٤

فالصرف ليس الهدف من العملية أساساً وإنما شراء البضائع ، فشراء البضائع هو الأصل والصرف تابع ، فإذا صح الشراء صح المتبوع إذا خلا من الربا والغرر والجهالة وموجبات البطلان .

وفي هذا الأمر يجب أن نتجه إلى مقاصد الشريعة ومافيها من تيسير وحفظ للمال فإذا كان الصرف هنا مضموناً بواسطة وثائق ومستندات بنكية لايمكن النكول عنها فحلت المستندات وإلزاميتها محل اليد باليد ، فإذا أجاز الفقهاء البيع عن بعد بالوسائل الحديثة واعتبرت نوعاً من التقابض ، فهذه مثيلة لها ، إذ حلت المستندات المحددة للسعر محل التقابض باليد .
فأرى جوازها على اعتبار انتفاء وجود الإرباء الذي هو علة التحريم .
وهناك من يرى عدم الجواز استناداً لقاعدة : لا اجتهاد في مورد النص ، فأرى أن النص هناك معلل بالعلة التي ذكرت وهي الإرباء . وا أعلم . (*)

٢- بيع السلم :

إن بيع السلم (كما ورد في باب البنوك) وفي صندوق السلم الذي سبقت الإشارة إليه في هذا الفصل) هو إيجاب وقبول على سلعة محددة تحديداً ينفي الجهالة معجلة الثمن ومؤجلة المسلم فيه .
فعقد السلم يعطي التحوط اللازم لتثبيت الأسعار إلا أن عقد السلم وقد أطلق عليه الفقهاء اسم (بيع المحاويج) وصدقت عبارتهم في المحاويج لأن من يقوم بذلك محتاج للسيولة فيعطي عادة تخفيضات في أسعاره مقابل تعجيل الثمن ، والسلم في الأصل رخصة من المشرع ﷺ
إلا أن السلم يقتضي أن يكون المشتري مليئاً ، وهذه لاتحل الكثير من مشكلات الدول الفقيرة ولكنه حل للقادرين منهم .

٣- الاستصناع :

هو شبيه بالسلم لكن لايشترط فيه تعجيل الثمن ، ويجوز تعجيل الثمن على أن يتم التعاقد على سلعة مصنعة ذات مواصفات ومقاييس نافية للجهالة ، وبهذه الصورة تثبت الأسعار لكل من المشتري والبائع فيحدث الأثر المطلوب للتحوط ، ولكن لكون الاستصناع لايغطي إلا مجالات محدودة وهي التي يتم فيها صناعة مخصصة لايزال جزء من الخطر غير مغطى في الاحتياجات الأخرى .

(*) للاستزادة في موضوع المواعدة في الصرف يراجع كتاب (أحكام صرف النقود والعملات في الفقه الاسلامي) للدكتور عباس أحمد محمد الباز - ص١٠٩ - ١٣١

٤- **المواعدة الملزمة للبائع والمشتري :**

كما ذكرت في المواعدة بالصرف والأحاديث الواردة فيها والعلة في التقـابض (عـدم الزيادة والاستزادة) فإن المواعدة بالشراء بسعر محدد في يوم الاتفاق يكون فيها تثبيت للأسعار ملزم لكليهما (البائع والمشتري) ولايوجد نص يمنع إلزامية المواعدة.

وهذا البيع لايمكن أن يكون من بيع الديون لأنه ليس لأحد العاقدين دين على الآخـر ، وليس فيه زيادة في الثمن أو تربح أحدهما على الآخر .

فإذا كانت حكمة السلم الترخيص للناس والتيسير والتسهيل وقيس عليها الاستصناع ، ومحلها سلعة معلومة ، وعاقداها ارتبطا بإيجاب وقبول ، وثمن محدد ، ولايشترط في غير الأموال الربوية (خصوصاً النقدين) التقابض ، فمثل هذا العقد لاتتطرق إليه شبهة الربا بحال من الأحوال وتقتضيه القاعدة الأصولية من الحفاظ على الأموال (الأصل في العقود الإباحة) .
ولم تكتنفه شروط مفسدة أو مبطلة .

وقد يرى بعض الفقهاء تعجيل جزء من الثمن لإنشاء الالتزام ، فإن أضيف هذا الشرط يكون هذا الحل أكثر وجاهة وقبولاً .

وبهذه الحلول الأربعة نكون قد قدمنا أسلوباً للتحوط الإسـلامي يحـل محـل التحـوط الرأسمالي القائم على الربا والفوائد ونقل المخاطر والجهالة .

٥- **صكوك السلم القابلة للتداول**

الوصف :

صكوك السلم عبارة عن حصة شائعة متساوية القيمة تمثل جزءاً من صندوق الـسلم لمسلم فيه من غير الطعام والزروع موصوفاً في الذمة وصفاً نافياً للجهالـة منـضبطاً بمواصفات ومقاييس محددة معلوم الثمن مذكور في الصك وقابلة للتداول بالبيع لوجود مشتر للمسلم فيه بسعر أعلى من ثمن السلم الأصلي يكون قابلاً للاستحقاق في زمـن التسليم .

التكييف الفقهي :

ويرى جمهور الفقهاء أنه لايجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ، ويرى الإمام مالك كمـا جاء في التاج والإكليل ٥٤٢/٤ :
(قال مالك في المدونة : كل ما ابتعته أو أسلمت فيه من سائر العرض على عدد أو كيل أو وزن فجائز بيع ذلك كله قبل قبضه وقبل أجله من غير بائعك بمثل رأس مالك أو أقل أو أكثر نقداً أو بما شئت من الأثمان أن تبيعه بنفس صفته فلا خير فيه) .

والمذهب المالكي من المذاهب المعتبرة ، ونحن في زمن نحتاج فيه للتيسير على المسلمين ، فإذا اعتمدنا على قول الإمام مالك وأصدرنا صكوكاً أو أسهماً لإعادة بيع السلم في غير الطعام وكانت بوصف منضبط ناف للجهالة موضح فيه ثمن السلم الأساسي وثمن بيعه على مشتري الصك وثمن المشتري النهائي لوجوده ورغبته في الشراء عند اتمام الاستلام فيشترك جميع حملة الصكوك (المساهمون) في فرق الثمن المحدد والمنضبط .

ويرى **الباحث** أنه إذا كان المسلم فيه مصنعاً يمكن تأجيره لمن يرغب ويدفع القيمة الإيجارية لمالكي السلم (أصحاب الصكوك) وتثبت هذه القيمة كعائد سنوي للصك يستحقه حامله لأنه مالك لحصة في هذا الصندوق .

وعليه فقد يكون المسلم فيه مباعاً لمرة واحدة نهائية وفائدة حملة الصكوك الفرق بين الثمنين ، أو يكون السلم مؤجراً ويستحق حامل الصك القيمة الايجارية السنوية كعائد لصكه فهي إجارة والإجارة مباحة .

٦- <u>صكوك الاستصناع القابلة للتداول :</u>

<u>الوصف :</u>

هي صكوك تمثل حصة شائعة متساوية في صندوق استصناع لسلعة مصنعة منضبطة بمواصفات ومقاييس معجل ثمن الاستصناع فيها ، مؤجل استلام المستصنع لموعد محدد يتم استلامه بعدها وبيعه إما بعقد مبرم محددة فيه القيمة أعلى من قيمة الاستصناع على اعتبار سعر بيع الحاضر يفوق ثمن الاستصناع ، أو يؤجر فيها المستصنع لمدد زمنية وقيمة ايجارية سنوية معلومة تذكر في الصك ، ويجوز تداوله بإجراء تقييم دوري لقيمة المستصنع وفق ما أنجز من صناعته وقرب حلول بيعه أو تأجيره وفقاً لمعايير محاسبية دقيقة يعلنها منشىء الصندوق ومراجع الحسابات الخارجي .

<u>التكييف الفقهي :</u>

الاستصناع مباح ومقاس على السلم فإذا أجاز المالكية بيع السلم قبل قبضه مالم يكن مطعوماً أو مشروباً (كما ورد في التاج والإكليل ٥٤٢/٤) .

فيجوز بيع المستصنع قياساً على بيع السلم لطرف ثالث سواء بيع المستصنع بثمن أعلى مرة واحدة أو أجر ، ويستحق حملة الصكوك القيمة الايجارية بصفتهم ملاك المستصنع ويجوز تداولها بينهم وفقاً للأسعار المعلنة والتراضي لكون هذا البيع خالياً من الغرر والجهالة موضح الثمن والمستصنع معلوم معلق بالذمة .

تسويق الأوراق المالية الإسلامية

يختلف هذا التسويق عن بقية الأوراق فلابد أن يهتم المسوق بأمور عدة :

١- تحديد الحاجات الاستهلاكية وتوجيه موارد المدخرين لتلبيتها ولايتم ذلك إلا بدراسة احتياجات السوق وبالتالي يعمل بهذه الصفة مستشار فني لمصدر الأوراق لأن الإنتاج هنا يعتمد على حاجات السوق ، فاستشارته مهمة في هذا المجال .
والمسوق في هذه السوق يعمل بشكلين إما مسوقاً لمصدر الأوراق المالية وفي هذه الحالة ينوب عن البائع ، أو نائباً عن المشتري .

٢- ولكون المسوق يعمل في سوق إسلامية فمن مهماته التأكد من سلامة الورقة المالية شرعياً ، وإلا أصبح شريكاً في إثم تداولها كشراكة كاتب الربا وشاهديه .

٣- ومسوق الأوراق المالية لابد أن يكون أميناً (وكما قال المصطفى : المستشار أمين) وجزء من عمل المسوق الإشارة والاستشارة ، فعليه أن يعلم واقع السوق الحقيقية ويوضحها لعملائه .

٤- يكشف الأوراق المتداولة تداولاً فيه غرر وغبن فاحش بسبب التناجش والمضاربات الرافعة للأسعار ، فينصح البائع والمشتري بالأسعار الحقيقية فالدين النصيحة .

٥- أن يتأكد أن الأوراق المالية ليست صورية وإنما تمثل حقوقاً أصلية حلالاً من الوجهة الشرعية ، فلا تكون لشركات تتعامل بالربا أو تبيع الخمور والمحرمات ويجعل كل هذه المعلومات متاحة للبائع والمشتري .

٦- وتقع على عاتق المسوق مهمة إبداء المعلومات والتفصيلات اللازمة لكل من البائع والمشتري سواء عن الجهة المصدرة أو الإصدار ومافيه من معلومات اقتصادية وشرعية ، والاجابات على جميع الاستفسارات .

٧- تيسير إجراءات عمليات البيع والشراء سواء في الاكتتاب الأساسي أو عمليات التداول واستلام وتسليم الثمن والمثمن وربما تحصيل العوائد والأثمان وإيداعها في حسابات البائع والمشتري بأمانة وصدق .

٨- تحديد سعر خدماته تحديداً واضحاً يقطع المنازعة والخصام .

<u>التكييف الفقهي :</u>

لاتخرج عمليات التسويق عن عقود الوكالة والجعالة والسمسرة .

وجاء في الحديث عن قيس بن أبي غرزة الكناني قال كنا في المدينة نبيع الأوساق ونبتاعها ونسمي أنفسنا السماسرة ويسمينا الناس ، فخرج الينا رسول الله ﷺ فسمانا باسم هو خير لنا من الذي سمينا به أنفسنا فقال يامعشر التجار إنه يشهد بيعكم الحلف واللغو فشوبوه بالصدقة (١)

---

(١) (سنن النسائي : ٢٤٧/٧ مسلم بشرح النووي ١٦٣/١٠) .

وتعريف الجعالة عند الحنابلة : أنه مال معلوم لمن يعمل عملاً مباحاً ولو مجهـولاً أو لمن يعمل مدة ولو مجهولة . (١)

وأما الوكالة فعرفها الفقهاء بأنها : تفويض شخص لغيره مايفعله عنه حالة حياته مما يقبل النيابة شرعاً . (٢)

وحكم السمسرة :

الجواز لإقرار رسول ا ﷺ في الحديث المذكور ، وللحاجة الداعية إليها خصوصاً في زمننا الحاضر الذي اقتضى بيان تفصيلات في محل العقد والعاقدين وأموراً أخرى كثيرة قد لايدركها أحد المتعاملين فيوضحها السمسار .

وأجازها جمهور الفقهاء واستدلوا على ذلك بأن (الأصل في العقـود الإباحـة) وعقـد السمسرة لايخرج من عقد الجعالة أو الإجارة أو الوكالة ، وهي عقود جائزة كما يعرف في أبوابها . (٣)

وقد رأى بعض الفقهاء أنها ربما تدخل ضمن النهي عن بيع الحاضر للبادي ، ولكـن هذا ليس فيه حاضر أو باد وليس بغرض الإغلاء والاحتكار ، وإنما لتوضيح الأسـعار التي هي مشروطة وواضحة أساساً لكلا العاقدين .

فعلى هذا فإن الإباحة هي حكم السمسرة على أن يلتزم المسوق أو السمسار بالشروط السالفة الشرعية وإسداء النصح ، ويجوز الاتفاق على المقابل الذي يحصل عليه مقابل جهده بالتراضي ، على ألا يبيع السمسار بصفته وكيلاً لنفسه إلا بإذن البائع رب السلعة ، فقد اعترض على ذلك كثير من الفقهاء .

وبهذا نكون قد أوجدنا شركات تسويق وسمسرة تعمل في أسواق المـسلمين تـسدي النصيحة وتسد الحاجة وتوجه الاستثمار من غير مضاربات وتناجش .

---

(١) شرح منتهى الإرادات : ٤٦٨/٢ .
(٢) نهاية المحتاج - الرملي : ١٥/٥ .
(٣) حاشية ابن عابدين : ٤٢/٤ - ٣٨٢، المدونة الكبرى : ٩٨٧/١١ ، المغني ٤٠/٦

خاتمة :

كانت هذه محاولة لإضافة لبنة جديدة في صرح القواعد الفقهيـة اعتمـدت خلالها على إبراز الجانب التطبيقي لتلك القواعد علـى المعـاملات الماليـة المعاصرة ، ومع ذلك فإني أرى أن هذا المجال يحتاج إلـى متابعـة البحـث والدراسة لدفع عجلة هذا الموضوع إلى الأمام مما يؤدي إلى تطوير الإفـادة منها في مجالات المعاملات الاقتصادية والمالية .

فقد وجدت أن أغلب الدراسات التي وضعت تدور حول إفراد بعض القواعـد بالدراسة كالبحث في مقومات القاعدة وأركانها وشروطها ، بالإضـافة إلـى الدراسات التي وضعت حول قواعد أحد أئمة الفقه من خلال مصنفاته ، ومن تلك الدراسات ماقامت على جمع القواعد والضوابط حسب الأبواب الفقهية ، لكنها تبقى محدودة تحتاج إلى تعميم واستيفاء لما أهمل منها ، بل إن معظم هذه الدراسات خصصت لبحث القواعد والضوابط الفقهية في مجال العبادات ، وحتى من بحث فيها في مجال المعاملات تناول المعاملات القديمة المطروحة في كتب الفقه ، ولم نجد من تعرض للمعاملات المتداولة في أسواق اليوم إلا نادراً .

فكان أن مهدت تمهيداً فقهياً أصولياً شمل أغلـب أبـواب فقـه المعـاملات والقواعد التي يمكن استخدامها بحيث يسهل الرجوع إليها والنظر في الترابط بينها ، ولهذا الغرض كثرت النقول لأن الهدف من البحث هو إبراز أثر هـذه القواعد في المعاملات المالية الشائعة ، فكان لابد مـن سـردها ثـم إنـزال القواعد عليها .

ولقد كان القصد أن يبرز البحث القواعد الفقهية في الاقتـصاد المعاصـر ، فالفقه وأصوله رافد وحاكم على الاقتصاد الإسلامي .

وباعتباري قد مارست الاقتصاد الإسلامي أرى أنه لاغنى للاقتصادي المـسلم عن علم أصول الفقه وفقه المعاملات ، ولا غنـى للفقيـه المـشتغل بفقـه المعاملات اليوم عن علم الاقتصاد ، فالعلاقة بين هذه العلوم علاقة تلازم . وحبذا لو يصار إلى دمجها في كلية واحدة في الدراسات الجامعية .

ولا أدعي الكمال ، فالكمال وحده ، ورحم ا من أهدى إلـي عيـوبي ، وجزى ا من سبقنا من العلماء إلى العلمين ممن استفدت من مؤلفاتهم في هذه الدراسة.

وآخر دعوانا أن الحمد رب العالمين .

ثَبَتُ المَراجع والمَصَادِر

- الإبهاج في شرح المنهاج ، للإمـام الـسبكي ، دار الكتـب العلميـة بيـروت ، ط١ ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .
- الإجارة - د. عبدالستار أبو غدة - دلـه البركة .
- الإجماع ، للإمام ابن المنذر ، دار الكتب العلمية - بيروت ط١ ، ١٤٠٥هـ .
- الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية، للدكتور عبد الستار أبـو غـدة، نـشرة مجموعة دلـة البركة ، إدارة التطوير والبحث ، جـــدة ، ط ١، ١٤١٤ - ١٩٩٣م
- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام - ابن دقيق العيد - مطبعة السنة المحمدية .
- أحكام الأسواق المالية (الأسهم والسندات) ضوابط الانتفاع والتصرف بها في الفقـه الإسلامي - للدكتور محمد صبري هارون ، دار النفائس ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ
- أحكام القانون التجاري - محمد سامي مدكور - دار التعاون .
- أحكام صرف النقود والعملات في الفقه الإسلامي - د. عباس أحمد الباز .
- أحكام القرآن ، للإمام أبي بكر الجصاص الحنفي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٩٨٥.
- أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف - النهضة العربية ، القاهرة .
- إحياء علوم الدين - لأبي حامد الغزالي - مطابع الحلبي بمصر ١٣٥٨هـ .
- الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لابن تيمية، لابن اللحام البعلي الحنبلي، تحقيق أحمد بن محمد بن حسن الخليل ، دار العاصمة الرياض ، ط١ ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م
- أخبار القضاة - وكيع بن الجراح .
- الاختيار لتعليل المختار، للإمام ابن مودود الموصلي الحنفي، بتعليق الشيخ محمـود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية - بيروت ، بدون رقم أو تاريخ.
- أخصر المختصرات ، للإمام محمد بن بدر الدين البلباني الحنبلي ، تحقيق محمد ناصر العجمي ، دار البشائر الإسلامية ، ١٤١٨-١٩٩٨م .
- أدوات الاستثمار الإسلامي ، للأستاذ عز الدين محمد خوجة ، نشرة مجموعـة دلـة البركة، إدارة التطوير والبحث ، جـــدة ، ط ١، ١٤١٤-١٩٩٣م .
- أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ، د. منير إبراهيم هنـدي، المعهـد العربـي للدراسات المالية والمصرفية، ١٩٩٣ م.

- الأدوات المالية الإسلامية، د. حسين حامد حسان، بحـث مقـدم لمنظمـة المـؤتمر الإسلامي، ١٩٩٠ م.
- أساسيات الاستثمار في بورصة الأوراق المالية - الدكتور : محمد صالح الحناوي - الدار الجامعية - الاسكندرية - ١٩٩٧م .
- أسباب النزول للإمام أبي الحسن الواحدي ، تحقيق ، دار ابن كثير- دمشق، ١٤ - ١٩٩ .
- استخدام الأدوات المالية الجديدة في ادارة المحافظ الاستثمارية - المعهـد العربـي للدراسات المالية والمصرفية .
- أسنى المطالب شرح روض الطالب - الشيخ زكريا الأنصاري - دار الكتاب الإسلامي
- الأسواق الحاضرة والمستقبلية : أسواق الأوراق المالية وأسواق الاختيار وأسـواق العقود المستقبلية - د. منير إبراهيم هندي - المعهد العربـي للدراسـات الماليـة المصرفية .
- الأسواق المالية - منظور مالي واقتصادي - د. محمود صبيح .
- أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي، د. أحمد محي الدين أحمد، الكتاب الثاني ضمن سلسلة صالح كامل للرسـائل الجامعيـة فـي الاقتـصاد الإسلامي، دلة البركة، إدارة التطوير والبحوث، جـــدة ، الطبعة الأولى، ١٤١٥- ه ١٩٩.
- الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي - علي محيي الدين القره داغي - مجمع الفقه الإسلامي - ج١/ع٧ .
- أسواق الأوراق المالية - سمير عبدالحميد رضوان - المعهد العالمي للفكر الإسلامي - القاهرة ١٩٩٦م .
- أسواق الأوراق المالية، واقعها وإمكانية تطويرها والربط فيمـا بينهـا، المؤسـسة العربية لضمان الاستثمار، ١٩٨٨م .
- الأسواق المالية (منظور مالي واقتصادي) د. محمود صبيح - ط ١٩٩٣م .
- الأسواق المالية في ضوء مبادىء الإسلام - معبد علـي الجـارحي - مؤسـسة آل البيت - عمان ١٩٩٦م .
- الأشباه والنظائر ، للسيوطي ، تصوير دار الكتب العلمية ١٣٩٩ .
- الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ، تحقيق مطيع الحـافظ ، دار الفكـر - دمـشق ١٤٠٣هـ

- الأشباه والنظائر، للإمام تاج الدين ابن السبكي ، تحقيق علي محمد معوض وعـادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية.
- أصول الاقتصاد الإسلامي، للدكتور رفيق يونس المصري، دار القلم- دمـشق، ط ٢، ١٤١٣-١٩٩٣.
- أصول الاقتصاد الإسلامي، للدكتورين محمد عبد المنعم عفر، ويوسف كمال محمـد، دار البيان العربي.
- الأصول العلمية والعملية في محاسبة الشركات - د. حلمي النمر .
- أصول الفقه الإسلامي، للدكتور وهبة الزحيلي ، دار الفكر، ط ا، ١٤١٦-١٩٨٦م
- أصول المداينات - د. نزيه حماد - مكتبة الصديق - الطائف .
- الإطار الشرعي والاقتصادي ، المعهد الإسلامي للبحـوث والتـدريب جـدة ، البنـك الإسلامي للتنمية.
- الاعتناء في الفرق والاستثناء، للإمام بدر الدين البكري، تحقيق عـادل أحمـد عبـد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١- ١٩٩١.
- الأعلام، لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين بيروت، ط ١١، ١٩٩٣ م.
- إعلام الموقعين - ابن القيم الجوزية - تحقيق محي الدين عبدالحميد .
- الأعمال المصرفية في الإسلام - مصطفى عبدا الهمشري .
- الاقتصاد الإسلامي، الاقتصاد الجزئي، للدكتور محمد عبد المـنعم عفـر، دار البيـان العربي- جـدة ، ط١ ، ١٤٠٥-١٩٨٥.
- الاقتصاد الإسلامي دراسة تحليلية للفعالية الاقتصادية، للدكتور منذر قحف.
- الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، للدكتور علي أحمـد الـسالوس، دار الثقافة بالدوحة ومؤسسة الريان ببيروت ، ١٤١٦-١٩٩٦.
- الاقتصاد الرأسمالي في مرآة الإسلام، للدكتور محمود الخالدي.
- الاقتصاد في ضوء الشريعة الإسلامية، للدكتور محمود بابللي، دار الكتاب اللبنـاني- بيروت، ط ٢، ١٩٨٠.
- اقتصادنا دراسة موضوعية تتناول بالنقد والبحث المذاهب الاقتـصادية للماركـسية والرأسمالية والإسلام في أسسها الفكرية وتفاصيلها، للسيد محمد باقر الـصدر، دار التعارف- بيروت، ١٤١١- ١٩٩١.
- اقتصادنا في ضوء القرآن والسنة، للأستاذ الدكتور محمد حـسن أبـو يحيـى، دار عمار- عمان.

- القراض والمضاربة في الفقه الإسلامي، لعلي عبد العال عبد الرحمن، دار الهـدى- القاهرة، ١٩٨٥.
- الإمام زفر وآراؤه الفقهية، للأستاذ الدكتور أبي اليقظـان الجبـوري ، دار النـدوة الجديدة- بيروت، ط ٢، ١٤٠٦-١٩٨٦
- الأم - الإمام الشافعي ، تحقيق محمد زهدي النجار ، مكتبة الكليات الأزهرية .
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، للإمام علاء الدين أبي الحسن المـرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية- غزة ١٣٧٤-١٩٥٥.
- أوراق ندوة (نحو سوق عالمية عربية موحدة) التي نظمتها جريدة (العالم اليوم) مع دلـــة البركة- ٦-٨ أكتوبر ١٩٩٢ م.
- الإيجاز في مبادىء الاقتصاد الإسلامي، للدكتور عبد اللطيف عبدا العبد اللطيـف، نشر المكتبة المكية بمكة ودار ابن حزم- ببيروت، ط، ١٤١٨-١٩٩٧.
- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، تحقيق أحمد بوطـاهر الخطـابي ، الربـاط ١٤٠٠هـ
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للإمام ابن نجيم الحنفي، مطبعة شـركة دار الكتـب العربية الكبرى- مصر، ١٣٣٣هـ
- البحر المحيط للإمام الزركشي، تحقيق لجنة من علماء الأزهر، دار الكتبي بالقاهرة، ط ١، ١٤١٤- ١٩٩٤.
- بحوث ندوة مؤتمر المستجدات الفقهية المعقوده في عمان سنة ١٩٩٤م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكـر الكاسـاني الحنفـي، المكتبة العلمية- بيروت ، طبعة زكي علي يوسف مطبعة الإمام- القاهرة.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد بن رشد الحفيد، تحقيق ماجد الحمـوي، دار ابن حزم- بيروت، ١٤- ١٩.
- بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي د. عبدالستار أبو غدة ، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي - الندوة الثانية للأسواق المالية - بنك البحرين الإسلامي - ١٩٩٣م .
- بغية المحتاج لإيضاح مقدمة الإسنوي على شرح المنهاج، للشيخ يوسف مـصطفى المرصفي، مطبعة السعادة القاهرة.
- بلغة السالك لأقرب المسالك - حاشية الصاوي على الشرح الصغير - دار المعـارف بمصر .
- بنوك تجارية بدون ربا - د. محمد عبدا إبراهيم الشبابي .

- البنوك والائتمان (تحليل نظري ودراسة عملية) د. عبدالعزيز عامر .
- بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، للدكتور محمد سليمان الأشقر، دار النفائس الأردن، ط ٢، ١٤١٥- ه ١٩٩٥.
- بيع المرابحة في البنوك الإسلامية بين الحل والحرمة، للأستاذ يحمى إسماعيل عيد عمان، ١٩٩٧.
- بيع المرابحة في المصارف الإسلامية، للأستاذ فياض عبد المنعم حسنين، المعهد العالمي للفكر الإسلامي- القاهرة، ١٩٩٦.
- بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، للسيد أحمد سالم عبدا ملحم، مكتبة الرسالة الحديثة- عمان، ط ا، ١٤١٥-١٩٨٩.
- البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها - الدكتور محمد توفيق رمضان البوطي - دار الفكر ، دمشق ١٤١٩هـ
- التاج والإكليل لمختصر خليل - محمد بن يوسف العبدري المواق - دار الكتب العلمية .
- التاج المذهب لأحكام المذهب - أحمد بن قاسم الصنعاني - مكتبة اليمن .
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للإمام عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي- بيروت ط ٢ بالأوفست.
- تجارة عن تراض ، مبادىء وممارسات، إعداد الدكتور عبد الستار أبو غدة، نشر مجموعة دلـة البركة، إدارة التطوير والبحث، جدة، ط ١، ١٤١٤-١٩٩٣م
- تحرير التنبيه، للإمام النووي، تحقيق الدكتورين محمد رضوان الداية وفايز الداية، دار الفكر المعاصر- بيروت، دار الفكر- دمشق، ط ١، ١٤١٠- ١٩٩٠.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج - ابن حجر الهيتمي - دار إحياء التراث العربي .
- تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي- سعود محمد الربيعة.
- تخريج الفروع على الأصول، للإمام الزنجاني، تحقيق الدكتور محمد أديب الصالح، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط ٥ ، ١٤٠٧-١٩٨٧
- تدريب الراوي شرح تقريب النواوي، للإمام السيوطي، تحقيق عبد الوهاب عبداللطيف، مصورة دار الفكر- بيروت عن الطبعة المصرية ، ١٤٠٩-١٩٨٨.
- التشريع الصناعي - الدكتور : محمد حسني عباس .
- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية . د. سامي حمود - سلسلة صالح كامل .

- التعريفات، للإمام الشريف الجرجاني، مصورة دار السرور ببيروت عن طبعة المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٠٦هـ.
- تفسير التحرير والتنوير، للإمام محمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر ١٩٨٤
- تفسير القرآن العظيم ، للحافظ ابن كثير ، دار المعرفة .
- التفسير الكبير، للإمام فخر الدين الرازي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، بدون تاريخ
- التقرير والتحبير شرح التحرير ، للإمام ابن أمير حاج - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٣هـ .
- تكملة المجموع - السبكي ونجيب المطيعي ، مطبوع مع كتاب المجموع شرح المهذب ، مكتبة الإرشاد ، جدة .
- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير – الحافظ ابن حجر دار المعرفة – بيروت - ١٣٨٤هـ .
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبدالبر ، الطبعة الأولى ، المغرب
- تنظيم أسواق المال العربية وانعكاساته على أسواق المال العربية- صندوق النقد العربي- أكتوبر ١٩٨٩.
- تنقيح الفتاوى الحامدية - ابن عابدين ، دار المعرفة .
- جامع العلوم والحكم ، لابن رجب الحنبلي ، مؤسسة الرسالة .
- الثروة في ظل الإسلام، للبهي الخولي، الناشرون العرب- القاهرة، ط ٢، ١٩٧١.
- الجامع لأحكام القرآن، للإمام القرطبي ، دار الكتب العلمية .
- الجامع في أصول الربا، للدكتور رفيق يونس المصري، دار القلم بدمشق، الدار الشامية- بيروت ط ١ ، ١٤١٢-١٩٩١ .
- جمع الجوامع ، للإمام تاج الدين ابن السبكي (مع حاشية البناني)، طبع مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط ٢، ٦ ٣٥ ا-٩٣٧ ١.
- حاشية ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار.
- حاشية إعانة الطالبين على فتح المعين، للإمام محمد شطا، دار الفكر بدون تاريخ.
- حاشية البجيرمي على الخطيب - دار الكتب العلمية - بيروت ط١ .
- حاشية الخرشي على مختصر خليل، مصورة دار صادر ببيروت عن الطبعة المصرية
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، للإمام محمد عرفة الدسوقي (وبهامشه الشرح الكبير لأبي البركات الدردير)، دار إحياء الكتب العربية- القاهرة، مصورة بيروت.

- حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب، للإمام عبـدا بـن حجازي الشرقاوي، طبعة مصطفى البابي الحلبي.
- حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف .
- حاشية القليوبي على المنهاج ، دار إحياء الكتب العربية .
- حاشية نسمات الأسحار على شرح إفاضة الأنوار على متن أصول المنـار، للعلامـة الإمام محمد أمين عابدين، شركة ومطبعة مصطفى البـابي الحلبـي- مـصر، ط ٢، ١٣٩٩-١٩٧٩
- الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية، للدكتور سعيد أبو الفتوح بـسيوني دار الوفاء المنصوره ط ١ ، ١٩٨٨م .
- الحسبة في الإسلام، لابن تيمية. دار الفكر.
- حكم الإسلام على شهادات الاستثمار وصناديق التوفير وودائع البنوك - عبدالرحمن زعيتر - دار الحسن عمان ١٩٩٢م .
- حكمة التشريع وفلسفته - الجرجاوي .
- حكم الشريعة على شهادات الاستثمار بأنواعها الثلاث - علي الخفيف - هدية مجلة الأزهر - ج٤ ١٩٩٧م .
- الحقوق المعنوية - د. عجيل النشمي - (بحث) .
- حول عدالة المصلحة الاجتماعية، للدكتور أنس مصطفى الزرقا، بحث منـشور فـي كتاب قراءات في الاقتصاد الإسلامي، إعداد مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعـة الملك عبد العزيز.
- الخراج ، للإمام أبو يوسف القاضي، مصورة دار المعرفة- بيـروت عـن الطبعـة المصرية.
- الخيار وأثره في العقود، للدكتور عبد الستار أبو غدة، الكتاب الرابع ضمن سلـسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، دلـة البركـة، إدارة التطـوير والبحوث، جدة ، ط ٢، ١٤٠٥- ١٩٨٥.
- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، لعلي حيدر ، ترجمة المحامي فهمي الحسيني ، دار الجيل - بيروت ١٤١١ .
- الدر المختار شرح تنوير الأبصار - الحصكفي - ط : مصطفى البابي الحلبي .
- الدليل الشرعي للإجارة - إعداد : عز الدين خوجة - دلـه البركة .
- الدليل الشرعي للمرابحة إعداد : عز الدين خوجة - دلة البركة .

- رأي التشريع الإسلامي في مسائل البورصة - أحمد يوسف سليمان - الموسـوعة العلمية للبنوك ج5 / مجلد ١ .
- الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، للدكتور عمر بن عبـدالعزيز المترك، دار العاصمة- الرياض، ١٤١- ١٩٩.
- رسائل ابن عابدين ، عالم الكتب ، بيروت .
- رسالة في القواعد الفقهية - الشيخ عبدالرحمن بن ناصر الـسعدي - مكتبـة ابـن الجوزي - الأحساء ١٤١٠هـ .
- رد المحتار على الدر المختار، للإمام محمد أمين عابدين الحنفي. شـركة مـصطفى البابي الحلبي مصر، ط ٣، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .
- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية - عدنان جمعه - دار الإمام البخاري ١٩٧٩م .
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام النووي، المكتب الإسلامي- بيـروت، ط ٣، ١٤١٢-١٩٩١ .
- الروضة الندية - للسيد الإمام أبي الطيب صديق بن حسن علـي القنـوجي - إدارة الطباعة المنيرية .
- السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية ، للدكتور : زكريا محمد القضاة ، دار الفكر ١٩٨٤م .
- سندات الإجارة والأعيان المؤجرة - د. منذر القحف - المعهد الإسـلامي للبحـوث والتدريب - بنك التنمية الإسلامي .
- سنن ابن ماجه، تحقيق الأستاذ محمد فؤاد عبد الباقي، مـصورة المكتبـة العلميـة ببيروت عن الطبعة المصرية.
- سنن أبي داود مراجعة وضبط محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر.
- سنن الترمذي ، للإمام أبي عيسى الترمذي ، تحقيق أحمد محمد شاكر .
- سنن الدارقطني ، وبذيله التعليق المغني لأبي الطيب العظيم آبادي ، مـصورة عـالم الكتب ببيروت ، ط ٣، ١٤١٣ - ١٩٩٣ .
- سنن الدارمي ، للحافظ أبي عبد الرحمن الدارمي، تحقيق الدكتور مصطفى البغا ، دار القلم - دمشق ، ط ٢، ١٤١٧-١٩٩٦ .
- السنن الكبرى، للإمام البيهقي، مصورة دار المعرفة عن الطبعة الهندية.
- سنن النسائي ، بشرح السيوطي وحاشية السندي ، مصورة دار إحياء التراث العربي ببيروت عن الطبعة المصرية.

- شرح البدخشي على المنهاج للبيضاوي المسمى: "منهاج العقول "، دار الكتب العلمية- بيروت، دون تاريخ.
- شرح البهجة - الشيخ زكريا الأنصاري - المطبعة الميمنية .
- شرح التلويح على التوضيح، للإمام التفتازاني - مكتب صبيح - مصر .
- شرح الزركشي على مختصر الخرقي، للإمام شمس الدين الزركشي الحنبلي دراسة وتحقيق عبد الملك بن محمد بن دهيش مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة مكة المكرمة ط ١ ، ١٤١٢-١٩٩١ .
- شرح الزرقاني لمختصر خليل، للإمام الأمير الكبير، مطبعة حجازي- القاهرة.
- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، للدردير ، دار المعارف ١٩٧٣م.
- شرح القواعد الفقهية، للعلامة الشيخ أحمد الزرقا. دار القلم بيروت ط ٢، ١٤٠٩-١٩٨٩
- شرح المجلة ، للشيخ محمد طاهر الأتاسي ، الطبعة الأولى ، مطبعة حمص ١٣٤٩.
- شرح معاني الآثار - الطحاوي ، تحقيق شعيب الأرناؤوط - مؤسسة الرسالة - بيروت .
- شرح المنهاج للبيضاوي، للإمام أبي الثناء الأصفهاني، تحقيق الدكتور عبدالكريم النملة، مكتبة الرشد- الرياض، ط ١، ١٤١٠.
- شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب - للإمام المنجور : أحمد بن علي المنجور - تحقيق الشيخ محمد الأمين - دار الشنقيطي .
- الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، دار الكتاب العربي- بيروت، ١٤٠٣-١٩٨٣
- شرح منتهى الإرادات - البهوتي - عالم الكتب .
- شرح النيل وشفاء العليل - محمد يوسف أطفيش - مكتبة الإرشاد .
- الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن - أبو زيد رضوان - دار الفكر العربي .
- الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - الدكتور عبدالعزيز الخياط - بيروت ، مؤسسة الرسالة ١٤١٤هـ .
- شهادات الاستثمار - ياسين سويلم (بحث مقدم للمؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية - القاهرة .
- الصحاح في اللغة، لنديم مرعشلي وأسامة مرعشلي، بيروت دار الحضارة العربية.

- صحيح ابن حبان، بترتيب ابن بلبان، حققه وخرج أحاديثـه وعلـق عليـه شـعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط ٣، ١٤١٨-١٩٩٧ .
- صحيح البخاري مع فتح الباري، للحافظ ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة - بيروت، دون تاريخ.
- صحيح مسلم بشرح الإمام النووي، دار الكتب العلمية بيروت، دون تاريخ.
- صناديق الاستثمار الإسلامية، إعداد عز الدين محمد خوجة، نـشر مجموعـة دلـة البركة، إدارة التطوير والأبحاث، جـدة، ط ١، ١٤١٤-١٩٩٣ .
- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي - التركماني .
- طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، للإمام نجم الدين أبي حفص عمر النسفي ، دار النفائس- بيروت، ط ١، ١٤١٦-١٩٩٣.
- العرف - حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية - د: عادل قوته .
- العرف والعادة في رأي الفقهاء - الشيخ أحمد فهمي أبو سـنة - مطـابع الأزهـر ١٩٤٧م.
- العرف وأثره في الشريعة والقانون - د: أحمد بن علي المباركي ، بحث في جامعـة الامام محمد بن سعود الاسلامية ١٤١٢هـ .
- العرف والعمل - د. عمر عبدالكريم الجيدي ، مطبعة فضاله - المغرب ١٤٠٤هـ ..
- عقد السلم والاستصناع في الفقه الإسلامي - د. محمد الزحيلي - بحث مقدم لنـدوة مؤتمر المستجدات الفقهية - عمان ١٩٩٤م .
- عقد القرض في الشريعة الإسلامية، للدكتور نزيه حماد، دار القلـم دمـشق الـدار الشامية بيروت، ط ١ ، ١٤١١ - ١٩٩١م .
- عقد المضاربة (دراسة في الاقتصاد الإسلامي)، للدكتور إبراهيم الدبو، دار عمـار- عمان ، ط ١، ١٤١٨-١٩٩٨ .
- علم الاقتصاد، العمل، الإنتاج، الشركة في الأرباح التجارية والقضايا المتعلقة بها في فقه المعاملات الإسلامي المقارن والقانون الوضعي، للدكتور أحمد الحصري، مكتبـة الكليات الأزهرية- القاهرة.
- العناية في شرح الهداية، للإمام أكمل الدين البابرتي، المطبوع بهامش فتح القـدير، دار الفكر ، ببيروت .

- الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، للدكتور الصديق الضرير، الكتاب الثالث ضمن سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، دلة البركة، إدارة التطوير والبحوث، جدة، الطبعة الثانية، ١٤١٦ - ١٩٩٥.
- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، للحموي ، دار الطباعة العامرة ١٣٥٧هـ .
- الغياثي، لإمام الحرمين الجويني، تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب، طبعة قطر ، الشئون الدينية .
- الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني - ج١ - ١٩٨٤م .
- فتاوى ندوات البركة - (١٤٠٣ - ١٤١٧) - د. عبدالستار أبو غدة و أ. عزالدين خوجة - دلة البركة .
- الفتاوى الفقهية الكبرى - ابن حجر الهيتمي - المكتبة الإسلامية .
- فتاوى المرابحة - جمع وتصنيف د. أحمد محي الدين أحمد - دلة البركة .
- الفتاوى - محمود شلتوت - دار الشروق - بيروت ١٩٨٣م .
- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للعلامة الهمام مولانا الشيخ نظام، المطبعة الكبرى الأميرية- ببولاق مصر، ط ٢، ١٣١٠هـ .
- فتح العلام بشرح مرشد الأنام، للإمام الجرداني، بتحقيق الشيخ محمد الحجار، دار ابن حزم - بيروت، ط ٤ ، ١٤١٨-١٩٩٧ .
- فتح باب العناية بشرح النقاية، للإمام نور الدين أبي الحسن علي القاري الحنفي، بتحقيق الشيخ خليل الميس وآخرون، دار الأرقم- بيروت، ط١، ١٤١٨-١٩٩٧.
- فتح القدير للعاجز الفقير، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام الحنفي، دار إحياء التراث العربي.
- الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية ، للشيخ محمود حمزة الحسيني - دار الفكر بدمشق .
- الفروق، للإمام شهاب الدين القرافي ، عالم الكتب، بدون تاريخ.
- الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي ، دار الفكر- دمشق، ط ٤، ١٤١٨-١٩٩٧ .
- الفقه الحنبلي الميسر - د: وهبة الزحيلي - دار القلم - دمشق .
- فقه الزكاة - د. يوسف القرضاوي - مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٩٣م.
- الفقه على المذاهب الأربعة - عبدالرحمن الجزيري - دار الكتاب العربي - بيروت .

- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، للأساتذة الدكتور مصطفى الخن والدكتور مصطفى البغا والشيخ علي الشربجي، دار القلم- بيروت، الدار الشامية- بيـروت ط ٢، ١٤١٦-١٩٩٦ م.
- الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، للإمام محمد عبد الحي اللكنوي، اعتنى به أحمـد الزعبي، دار الأرقم، بيروت، ط ١، ١٤١٨-١٩٩٧ ١.
- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، بهامش المستصفى للإمام الغزالي، مصورة دار صادر عن طبعة المطبعة الأميرية ببولاق بالقاهرة، ١٣٢٢.
- قاعدة الأمور بمقاصدها ، دراسة نظرية تأصيلية ، للدكتور يعقوب الباحسين ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرشد ، الرياض ١٤١٨هـ .
- قاعدة اليقين لايزول بالشك ، دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقيـة ، للـدكتور يعقـوب الباحسين ، مكتبة الرشد ، الرياض ١٤١٦هـ .
- القاموس الفقهي، لسعدي أبو جيب ، دار الفكر.
- القاموس المحيط، للفيروز أبادي، بتحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة بيروت، ط ٢، ١٤٠٧-١٩٨٧م .
- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي للدورات ١- ١٠.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لسلطان العلماء العز بن عبدالـسلام، بيـروت، دار الكتب العلمية.
- قواعد الفقه ، للمجددي محمد عميم الإحسان ، الطبعة الأولى ، كراتشي ١٤٠٧ .
- القواعد الفقهية، للدكتور علي أحمد النـدوي، دار القلـم بدمـشق، ط ٤، ١٤١٨-١٩٩١
- القواعد الفقهية، للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشـد وشـركة الرياض للنشر والتوزيع ، ط١ سنة ١٤١٨ .
- القواعد في الفقه الإسلامي ، لابن رجب ، تصوير بيروت ، دار المعرفة .
- القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي ، للدكتور عبدا العجلان ، الطبعة الأولى ١٤١٦.
- القوانين الفقهية، للإمام ابن جزي المالكي ، دار القلم ، بيروت ..
- القيود الواردة على الملكية الفردية، للدكتور عبدالكريم زيدان، مؤسسة الرسـالة، ط ١، ١٤٠٢-١٩٨٢
- الكامل في قانون التجارة - د. الياس نـصيف ، دار منـشورات البحـر المتوسـط دعويدات - ط٢.

- كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، للإمام التهانوي، تحقيق الـدكتور رفيـق العجـم وآخرون، مكتبة لبنان ط ١ ، ١٩٩٦م .
- كشاف القناع على متن الإقناع، للإمام منصور البهوتي ، الرياض ، مكتبـة النـصر الحديثة .
- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي - عبدالعزيز البخاري - دار الكتاب الإسلامي .
- كشف الخفاء ومزيل الإلباس - إسماعيل بن محمد العجلولي - ت : أحمد القلاش ، مؤسسة الرسالة - بيروت ١٩٩٤م .
- الكليات ، لأبي البقاء الكفوي ، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، نشر وزارة الثقافة ١٩٧٤م.
- الكواكب الدرية في فقه المالكية - مطبعة المستقبل - دمنهور - ط ١ .
- اللباب في شرح الكتاب، للغنيمي ومعه : الكتاب ، للقدوري ، تـصوير دار المعرفـة بتحقيق محي الدين عبدالحميد .
- لسان العرب، لابن منظور- دار صادر - بيروت .
- المؤسسات المالية "البورصة والبنوك التجارية" أ.د. محمـد صـالح الحنـاوي - د. السيدة عبدالفتاح عبدالسلام - الدار الجامعية الاسكندرية ١٩٩٨م .
- المبادىء والقيم الإسلامية في المعاملات المالية فـي ضـوء النـصوص القرآنيـة والأحاديث النبوية، إعداد عز الدين محمد خوجة، نشر مجموعة دلة البركـة، إدارة التطوير والبحوث، ط ١، ١٤١٤- ١٩٩٤.
- مبادىء العلوم المصرفية - دراسات تطبيقية - أحمد نبيل النمري - البنك المركزي الأردني - ط١ .
- المبسوط ، للإمام السرخسي، دار المعرفة- بيروت، ١٤١٤-١٩٩٣ .
- مجلة الأحكام العدلية - نخبة من علماء الدولة العثمانية .
- مجلة المصارف العربية، عدد إبريل (نيسان) ١٩٩٢.
- مجموع فتاوى ابن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمـد العاصـمي النجـدي الحنبلي، مصورة مكتبة ابن تيمية بالقاهرة.
- المجموع في شرح المهذب، للإمام النووي، مصورة دار الفكر- بيروت، دون تاريخ.
- محاضرة في مؤتمر الفرص الاستثمارية، للشيخ صالح كامل، البحرين، أكتوبر، ١٩٩٤م
- المحصول من علم الأصول، للإمام فخر الدين الرازي، دراسة وتحقيق الدكتور طـه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط ٣، ١٤١٨-١٩٩٧

- المحلي - شرح المجلي ، للإمام ابن حزم الأندلسي – دار الاتحاد العربي المغربي – مـصر - ١٣٨٧هـ.
- المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية ، للدكتور إبراهيم محمد الحريري ، دار عمان ، الطبعـة الأولى ١٤١٩هـ .
- المدخل الفقهي العام ، للعلامة الأستاذ مصطفى الزرقا. دار الفكر بيروت، ط ٩.
- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، للدكتور عبدالكريم زيدان، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط ١١، ١٩٨٩ م.
- المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسـم عـن الإمام مالك، المطبعة الخيرية، ط ا، ١٣٢٤هـ.
- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني - المكتب الفني - إدارة المحامي إبراهيم أبورحمة
- المرابحة أصولها وأحكامها وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، لأحمد علي عبدا ، الـدار السودانية - الخرطوم ، ١٩٨٧.
- مراتب الإجماع - ابن حزم ، دار الكتب العلمية ببيروت .
- مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان، للعلامة محمد قدري باشا، لجنة إحيـاء الكتـاب الإسلامي- مسجد السروجية.
- المستدرك، للحاكم، باشراف د. يوسف عبدالرحمن المرعشلي، دار المعرفة- بيروت.
- المستصفى من علم الأصول ، لحجة الإسلام الغزالي، مصورة دار صادر عن الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق بالقاهرة، ١٣٢٢.
- المسند، للإمام أحمد بن حنبل، مصورة دار الفكر- بيروت، عن الطبعة الميمنية.
- مسند الطيالسي، للحافظ أبي داود الطيالسي، مصورة دار المعرفة عن الطبعة الهندية.
- المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة والقانون - د. غريب الجمال .
- المصباح المنير، للفيومي، مكتبة لبنان، بدون تاريخ.
- المضاربة التي تجريها البنوك الإسلامية في ضوء الشريعة الإسـلامية، لأحمـد الـصويعي شليبك، رسالة ماجستير- الجامعة الأردنية، ١٩٩٣.
- المضاربة الشرعية (القراض) ، إعداد عز الـدين محمـد خوجـة ، نـشر إدارة التطـوير والبحوث بدلـة البركة ، ط ١، ١٤١٤-١٩٩٣ .
- المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية، لمحمد عبد المنعم أبو زيد، المعهـد العالمي للفكر الإسلامي- القاهرة، ١٩٩٦.
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى - الرحيباني - المكتب الإسلامي .

- المطالب العالية في زوائد المسانيد الثمانية، للحافظ ابن حجر العسقلاني، تحقيق الأستاذ المحدث حبيب الرحمن الأعظمي، مصورة دار المعرفة- بيروت عن طبعة الكويت
- معالم السنن ، مطبوع مع مختصر سنن أبي داود ، للمنذري ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٦٨.
- المعاملات في الإسلام - محمد سيد طنطاوي - هدية مجلة الأزهر - ج١١ - ١٩٩٧م .
- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي - محمد عثمان شبير - دار النفائس - عمان ١٩٩٦م .
- معجم أكاديميا للمصطلحات العلمية والفنية (إنجليزي، فرنسي، عربي)، تحرير الدكتور محمد دبس، أكاديميا- بيروت، ١٩٩٣.
- معجم الفقه الحنبلي على كتاب المغني، دار الكتاب العربي- بيروت، ١٤٠٣-١٩٨٣.
- المعجم الكبير، للإمام الطبراني، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، دار العلوم والحكم، الموصل- العراق.
- المعجم الوسيط، لابراهيم مصطفى وآخرون، دار الدعوة تركيا.
- معونة أولي النهى شرح المنتهى، للإمام تقي الدين الفتوحي الشهير بابن النجار، دراسة وتحقيق الدكتور عبد الملك بن عبدا بن دهيش، مكة المكرمة، ط ١، ١٤١٥- ١٩٩٥.
- المغني، للإمام ابن قدامة ، دار الكتاب العربي- بيروت، ١٤٠٣-١٩٨٣.
- مغني المحتاج، للإمام محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بدون تاريخ.
- مفردات ألفاظ القرآن، للإمام الراغب الأصفهاني، تحقيق صفوان عدنان داوودي، دار القلم دمشق، الدار الشامية بيروت ط ٢، ١٤١٨-١٩٩٧ .
- المكاييل والأوزان الإسلامية وما يعادلها في النظام المتري، لفالترهنس، ترجمة الدكتور كامل العسلي، من منشورات الجامعة الأردنية.
- ملف قرارات خاصة، دلة البركة، مركز الأبحاث.
- الملكية في الإسلام، للسيد أبو النصر أحمد الحسيني، القاهرة، ١٩٥٢.
- الملكية في الشريعة الإسلامية وظيفتها وقيودها دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية، للدكتور عبد السلام العبادي، مكتبة الأقصى- عمان، ١٩٧٤.
- الملكية ونظرية العقد، للإمام محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي ، بدون تاريخ .

- المنتخب من غريب كلام العرب - لابن الحسن النائي - تحقيق : د. محمد العربي - ط١ ١٤٠٩ - جامعة أم القرى .
- المنتقى شرح الموطأ - الباجي - دار الكتاب العربي - بيروت .
- مناخ الاستثمار في الدول العربية، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ١٩٩٣ م.
- المنثور في القواعد للزركشي - تحقيق : تيسير فائق محمود - الكويت ١٤٠٢هـ
- منح الجليل شرح مختصر خليل - الشيخ عليش - دار الفكر .
- الموافقات في أصول الشريعة، للإمام أبي إسحاق الشاطبي، دار المعرفة- بيروت.
- موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، سعدي أبو جيب، دار الفكر- دمشق، ط ٣، ١٤١٨-١٩٩٧ .
- المهذب في فقه الإمام الشافعي، للإمام أبي إسحاق الشيرازي، بتحقيق الدكتور محمد الزحيلي ، دار القلم دمشق، ط ١، ١٤١٢-١٩٩٢ .
- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية - الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية - ج٥ - مجلد ١ .
- الموسوعة الفقهية لدلة البركة - برنامج على الحاسب الآلي .
- الموسوعة الفقهية - وزارة الأوقاف الإسلامية - الكويت - ط٢ - ١٤٠٦هـ .
- موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم - التهانوي .
- الموطأ ، للإمام مالك، تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي - كتاب الشعب .
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، للحطاب ، ط٣ ، دار الفكر ، ١٤١٢هـ .
- نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية، للحافظ جمال الدين الزيلعي ، مصورة مكتبة الرياض الحديثة عن الطبعة الأولى للكتاب.
- النظام الاقتصادي في الإسلام ، مبادئه وأهدافه، للدكتورين أحمد العسال وفتحي أحمد عبد الكريم، دار غريب للطباعة ودار وهبة- القاهرة، ط ٣، ١٩٨٠ .
- نظرة إسلامية لأهم القضايا الاقتصادية المعاصرة . عمر عبدا كامل - تحت الطبع.
- نظرية الانتاج في الاقتصاد الإسلامي (دراسة مقارنة)، لأحمد محمد سليمان العثمان (رسالة جامعية لنيل درجة الماجستير في جامعة اليرموك بإربد- الأردن).
- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام - الدكتور محمد فوزي فيض ا - مكتبة دار التراث - الكويت .
- نظرية العقد في الفقه الإسلامي، إعداد عز الدين محمد خوجة، نشر إدارة التطوير والبحوث بدلة البركة ، ط ٢، ١٤١٤-١٩٩٣ .

- نموذج سلوكي لمنشأة إسلامية ، للدكتور مختار متولي ، ترجمة عبدا محمد القسام ، مراجعة الدكتور محمد صديق زين ، بحث منشور في كتاب قراءات في الاقتـصاد الإسلامي ، المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي ، جامعة الملـك عبـدالعزيز ، جـدة .
- النهاية في غريب الحديث والأثر ، لابن الأثير ، مكتبة عيسى البابي الحلبي .
- نهاية السول شرح منهاج الأصول ، للإمام جمال الدين الإسنوي ، عالم الكتب بيروت
- نهاية المحتاج ، للإمام شمس الدين الرملي ، دار الفكر بيروت ، الطبعـة الأخيـرة ١٤٠٤-١٩٨٤ .
- نوادر الفقهاء ، للإمام محمد بن الحسن التميمي الجوهري ، تحقيق الدكتور محمـد فضل عبدالعزيز المراد ، دار القلم بدمشق والدار الشامية ببيـروت ، ط١ ، ١٤١٤-١٩٩٣ .
- الهداية شرح بداية المهتدي - المرغيناني ، القاهرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي
- الوجيز في أصول الفقه ، للدكتور عبدالكريم زيدان ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط٣ ، ١٤١١-١٩٩٠ .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع